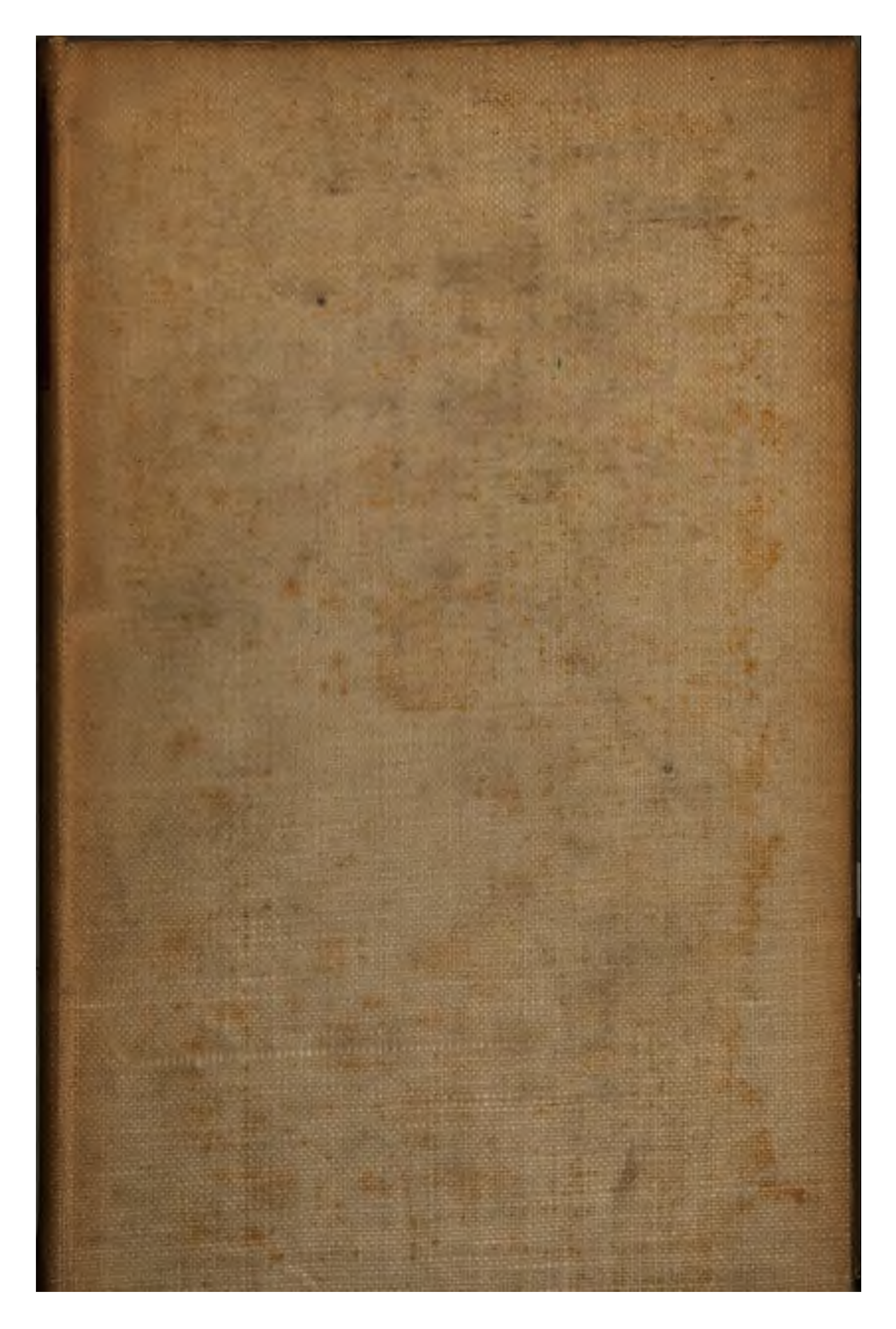



1907
LIBRARY OF
HENRY FRANCIS PELHAM
CAMDEN PROFESSOR OF
ANCIENT HISTORY



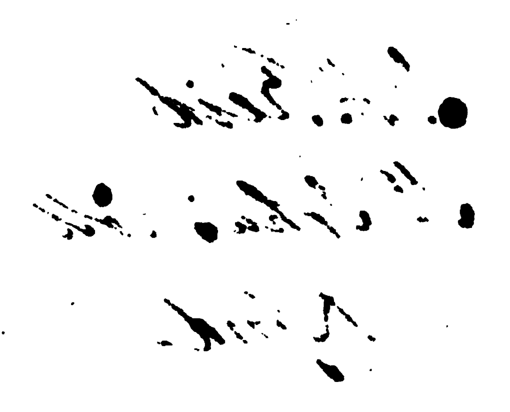


G 5.

HISTOIRE

DU

DROIT ROMAIN.



DU FONDS DE CORBY. — 1822.

PARIS.— DE L'IMPRIMERIE DE RIGNOUX,
rue des Francs-Bourgeois-S.-Michel, n° 8.

HISTOIRE
DU
DROIT ROMAIN,

PAR GUSTAVE HUGO,

CHEVALIER DE L'ORDRE DES GUELPHES, PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GOETTINGUE.

TRADUITE DE L'ALLEMAND SUR LA SEPTIÈME ÉDITION,

PAR JOURDAN, D. M. P.

Revue par F. PONCELET, Docteur en Droit, Professeur suppléant de la Chaire d'Histoire de Droit de la Faculté de Paris.

TOME PREMIER,

CONTENANT LES DEUX PREMIÈRES PÉRIODES.

PARIS,

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ET D'ADMINISTRATION

D'ANTOINE BAVOUX,

RUE GIT-LE-COEUR, N° 4.

1825.

INTRODUCTION.

§ I. *Histoire du Droit.*

L'HISTOIRE forme la moitié de la partie scientifique du droit, c'est-à-dire de celle qui n'est pas purement manuelle ou routinière. Mais cette histoire ne consiste pas uniquement à retracer les vicissitudes de la science et les manières diverses dont on l'a cultivée; car l'idée de quelque chose de *positif*, c'est-à-dire, de quelque chose qui n'a pris le caractère de vérité que par le fait des actions des hommes, conduit nécessairement à l'envisager dans un sens plus étendu, puisqu'on désire encore de savoir quelle est l'origine des vérités du droit.

§ II. *Histoire extérieure et intérieure du Droit.*

L'histoire du droit peut être partagée en *extérieure* et en *intérieure* (1). La première, appelée autrefois *Histoire du Droit*, purement et simplement, traite de l'histoire des

sources, qu'improprement on comprend toutes sous la dénomination commune de *lois*, et de celle des modifications successives qu'elles ont subies. La seconde, au contraire, qui constitue ce qu'on nomme fréquemment *Antiquités du Droit* ou *Jurisprudence chronologique*, passe en revue les principes mêmes du droit : elle examine comment ces principes ont pris naissance, comment ils se sont développés peu à peu, et, souvent aussi, comment ils ont fini par disparaître tout-à-fait.

(1) Leibnitz est le premier qui se soit servi de ces deux expressions; mais il ne les employait pas tout-à-fait dans le même sens que nous leur donnons, et si nous adoptions l'acception qu'il leur prêtait, nous manquerions de matériaux pour l'histoire intérieure du droit.

§ III. *Histoire particulière du Droit romain.*

L'histoire du droit, abstraction faite des rapports intimes qui la lient aux connaissances dont le jurisconsulte a besoin dans le maniement des affaires, forme l'une des plus importantes parties de l'histoire d'un

peuple, et même de celle du genre humain. Sous ce rapport, on ne saurait disconvenir que l'histoire du droit de toutes les nations ne soit une source féconde d'instruction. Mais, par des motifs très-naturels, celle des Romains parmi les anciens peuples, et celle des Germains parmi les modernes, sont celles qui présentent le plus d'intérêt, celles aussi dont on s'est le plus occupé.

§ IV. *Sources de l'histoire du Droit romain.*

I. MONUMENS.

Nous puisons les matériaux de l'histoire du droit, en partie dans les monumens, et en partie aussi dans les livres. Au nombre des monumens sont comprises les médailles et les inscriptions gravées sur la pierre ou sur le métal. Parmi ces dernières, celles qui ont été découvertes pendant le dix-huitième siècle méritent surtout de fixer notre attention, parce que les historiens antérieurs à cette époque n'ont pas pu en faire usage. Ici se rangent, avec bien plus de raison que l'*Obligatio prædiorum* (tel est le véritable

titre qu'elle porte), appelée ordinairement *Tabula alimentaria*, les fragmens de deux plébiscites, dont l'un n'est désigné que d'après l'endroit où il a été trouvé, Héraclée, dans le golfe de Tarente (1), et dont l'autre roule sur le mode de procédure usité dans la Gaule cisalpine (2). Les extraits, assez communs, que les soldats se faisaient délivrer individuellement d'un acte qui donnait à beaucoup d'entre eux leur congé, le droit de cité, etc., sont de même fort importans, du moins quant à leur forme (3). On trouve aussi quelques renseignemens dans les *Papiri diplomatici* de Marini (4).

(1) *Civilistisches Magazin*, tom. III, p. 340. 388. — M. le professeur Marezoll l'a expliquée dans un écrit publié en 1816, [sous le titre de *Fragmentum legis romanæ in aversâ tabulæ Heracleensis parte*. Gœttingue, in-8°.]

(2) *Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 431. 496.

(3) Par exemple, dans les *Antichità di Ercolano*, *Bronzi*, p. XXXIX et XLI. [Il y a une excellente dissertation de M. Haubold sur ce sujet, intitulée : *Juris Romani testimonia de militum honestâ missione quæ in tabulis æneis supersunt illustrata*. Léipsick, 1818, in-4°.]

(4) [Ouvrage publié sous ce titre : *I papiri diplomatici raccolti ed illustrati dall' abbate Gaetano Marini*. Rome, 1805, in-fol.]

§ V.

2. LIVRES.

La plupart des livres, et précisément les plus étendus, ceux qu'il importerait le plus de posséder pour l'histoire du droit, sont perdus, en totalité ou en partie. Il n'en reste que des fragmens ou des extraits, et nous n'avons que ce qu'on a pu s'en procurer d'après des manuscrits dont le parchemin primitif avait servi ensuite à d'autres écritures; source précieuse, mais dont on n'a même commencé à tirer parti que dans ces derniers temps. Pour en donner un aperçu rapide, nous les diviserons en deux classes principales : l'une, comprenant les auteurs appelés *classiques*, mais qui ne se sont point occupés d'une manière spéciale du droit romain; l'autre, ceux qui en ont fait leur objet principal. On a déjà souvent remarqué, soit en thèse générale, soit par rapport au droit romain en particulier, que les premiers parlent du droit avec assez peu d'exactitude (1).

(1) Bâcon dit (*De Fontibus juris, aph.* 29) : *Versatur infelicitas quædam inter historicos vel optimos, ut legibus et actis judicialibus non satis immorentur; aut si fortè diligentiam quamdam adhibuerint, tamen ab authenticis longè varient.* Jacques Godefroi s'exprime ainsi dans son Commentaire sur le Code Théodosien (*Ad. c.* 1. *Th. C.* 8, 16.) :.... *Et si exemplum habemus illustre..... quàm jejunè immò quàm falsò sæpè veteres scriptores minimè jurisconsulti principum constitutiones memorent.*

§ VI.

Écrivains grecs.

Beaucoup d'écrivains de l'histoire romaine ont fait usage de la langue grecque dans leurs ouvrages, et un jurisconsulte est fort à plaindre quand il se trouve dans la nécessité de s'en rapporter aux traducteurs. Quelques documens se rencontrent dans un recueil qui devait être, pour les historiens grecs, à peu près ce que nos Pandectes sont pour le droit romain. Nous n'avons pas le sixième livre de Polybe, qui serait précisément le plus précieux pour nous. Il ne nous reste de Denys d'Halicarnasse que ce que cet écrivain dit des temps anciens, c'est-à-dire, la partie de son tra-

vail dans laquelle il fait le moins autorité. On trouve aussi plusieurs renseignemens dans Diodore de Sicile. Jusqu'à ces derniers temps, Appien a été accusé injustement d'avoir copié son contemporain Plutarque, qui entre souvent dans de longs détails sur des choses dont il ne pouvait être informé que d'une manière fort imparfaite. Il faut compléter Dion Cassius par Xiphilin et même par Zonaras. Viennent ensuite les notions qu'on puise dans Hérodien, Eusèbe et Zosime. Procope est l'auteur le plus important pour l'histoire de Justinien; mais on peut presque voir en lui deux écrivains, très-différens même l'un de l'autre. Jean Laurentius de Lydie est une source peu féconde, dans laquelle il n'y a pas longtemps qu'on est à portée de puiser de nouveau. Paeanius, quelque insignifiant qu'il soit, ne doit pas non plus être tout-à-fait négligé; on peut au moins s'en servir pour une seule indication. Parmi les écrivains modernes, Suidas est celui qui mérite surtout d'être nommé.

§ VII. *Classiques latins qui n'étaient pas jurisconsultes.*

Les écrivains latins dont les ouvrages ont de l'importance pour nous ne sont pas seulement ceux qui nous ont transmis de véritables actes, catégorie dans laquelle se rangent Cicéron, sur lequel nous reviendrons plus amplement par la suite, avec ses commentateurs Asconius et Boëce, et surtout avec les fragmens de ses écrits découverts depuis peu par l'abbé Mai; Pline-le-Jeune, Fronton, découvert également par l'abbé Mai, et Symmaque; ou ceux qui se sont attachés d'une manière spéciale à l'histoire, comme Salluste, Tite-Live et Florus, Valère-Maxime, Velleius Paterculus, Pline-l'Ancien (1), Tacite, Suétone, Aulu-Gelle, les auteurs de l'*Historia Augusta*, enfin, Ammien Marcellin et Eutrope. Quelques indications se rencontrent encore dans les écrivains sur la langue latine (*Scriptores linguæ latinæ*) (2), et dans ceux qui ont traité du mesurage et du bornage des immeubles (*Scriptores Rei agrariæ*). Enfin

il est tout naturel qu'on trouve des renseignemens épars sur les mœurs des Romains dans tous les écrivains que ce peuple a fournis, principalement dans les poëtes, qui d'ailleurs en ont presque toujours agi trop librement avec les ouvrages des Grecs; dans les maîtres d'éloquence, tels que Sénèque et Quintilien, et dans les livres consacrés à l'agriculture (*Scriptores Rei rusticæ*).

(1) Pline-l'Ancien rapporte un fait qui intéresse l'histoire du droit, quand il traite des espèces de bois, et un autre lorsqu'il parle des anneaux.

(2) Ces écrivains sont: Varron, Festus, dont l'ouvrage était un extrait de Verrius Flaccus, qu'on abrégea lui-même depuis, qu'on disposa ensuite par ordre alphabétique, et qu'on devrait encore refondre entièrement, Nonius et Isidore.

§ VIII. *Écrivains latins qui étaient jurisconsultes.*

Il nous reste de nombreux fragmens des jurisconsultes romains qui ont écrit ou compilé, soit pour leur propre compte, soit au nom d'un empereur; mais ces fragmens sont renfermés dans des recueils qui font d'autant moins autorité aux yeux de l'historien, qu'ils sont plus volumineux : car,

en les composant, on n'eut pas l'intention de conserver les matériaux de l'histoire du droit, pour laquelle on se sentait peu de goût à cette époque. Leurs auteurs n'eurent égard qu'à ce qui avait rapport aux besoins du moment, et ils ne se firent aucun scrupule d'altérer les passages des anciens au profit de la circonstance actuelle. On conçoit d'après ce système, de quelle importance est la découverte récemment faite d'un écrivain dont l'ouvrage place l'histoire du droit romain dans une situation où ne s'est encore trouvée aucune branche analogue des connaissances humaines, celle d'avoir à sa disposition une des meilleures sources, qui n'avait pu être utilisée dans aucun des livres publiés jusqu'à ce jour. En effet, outre les fragmens d'Ulpien, nous possédons les Institutes de Gajus, qui ont été trouvées à Vérone, en 1816, par Niebuhr, reconnues la même année par Savigny, et déchiffrées, en 1817, par Gœschen, Bekker et Bethmann. Ces Institutes, à part ce que nous en avions déjà de la seconde main, sont infiniment plus riches que les meilleures sources dont

il nous avait été permis de disposer jusqu'à ce jour. Les deux pages d'un anonime *sur les droits du fisc* sont aussi, proportion gardée, fort importantes. Le Code Théodosien, qui n'a primitivement d'autre défaut que celui de morceler trop souvent une seule et même ordonnance en plusieurs fragmens, ne nous est parvenu sans changement que dans les onze premiers livres, qui sont les moins importans pour l'histoire du droit civil, et beaucoup de Novelles qui s'y rapportent se trouvent dans le même cas. La maigre collection (*la Collection des lois mosaïques et romaines*) faite vraisemblablement par un juif, et celle qui a été rassemblée sous un roi ostrogoth (*le Bréviaire d'Alaric*), ne peuvent servir qu'en cas d'omissions; mais les compilateurs détestables employés par Justinien ont altéré tant de choses, qu'un fait historique, fondé uniquement sur un passage du *Corpus juris*, ne repose, à proprement parler, sur aucune preuve (1).

(1) Jacques Godefroi dit (*c.* 8, *Th. C.* 8, 18) : *Eam nunc aliquis et Triboniani fide hunc vel illum, hujus vel illius juris auctorem faciat.* (Voyez aussi *c.* 3, *Th. C.*, *épit.* 1, 2.)

§ IX. *Manière dont l'histoire du Droit a été traitée chez les Romains.*

Il est certain que les jurisconsultes des beaux temps de Rome ne s'occupaient pas, à beaucoup près, autant de l'histoire du droit que l'éloignement des siècles et la distance des pays nous obligent de le faire aujourd'hui; mais ils y consacraient bien plus d'attention que ne voudraient qu'on y employât maintenant ceux dont le projet serait de borner les connaissances du jurisconsulte à celle du droit qui est en vigueur de nos jours. Les uns écrivirent sur quelques-unes des sources, comme, par exemple, Gajus sur les Douze Tables. D'autres composèrent des traités particuliers, tels que celui qu'a donné Pomponius, dans son recueil d'opuscules diverses (*Enchiridion*) (1). Quant à l'histoire intérieure du droit, autant que nous en pouvons juger, on ne s'en occupait qu'incidentellement, à l'occasion de chaque matière qu'on traitait en particulier.

(1) L'*Enchiridion* n'était pas consacré tout entier à l'his-

toire du droit. Nous en avons la preuve non-seulement dans ce qu'Aulu-Gelle dit de ce nom en général, mais encore dans d'autres fragmens de cet ouvrage de Pomponius, relatifs à des objets différens, et que nous possédons également.

§ X. *Justinien.*

Au milieu de la refonte complète de tous les écrits sur la jurisprudence romaine, qui eut lieu sous Justinien, nous pouvons tirer parti, pour l'histoire extérieure du droit, des ordonnances rendues par ce prince, et relatives à l'usage et à l'emploi auxquels il destinait son recueil. Mais cette histoire y a été traitée à dessein dans de petits chapitres à part, savoir, dans la dernière partie du titre *de Jure naturali Gentium et civili*; aux Institutes, ainsi que dans le titre des Pandectes dont la suscription annonce d'abord l'histoire de l'état et des sources du droit, puis l'origine de toutes les magistratures, et enfin la succession des jurisconsultes, matières qui ont été tirées toutes les trois des ouvrages du seul Pomponius (1). Malgré tout ce qu'on a déjà dit sur ce fragment, et quoiqu'on ait abusé à un

point étrange des expressions qui s'y rencontrent, et dans lesquelles on n'a voulu voir que des mots techniques; cependant il s'y trouve encore certaines choses qui ne sont pas sans importance, et auxquelles l'on n'a point fait attention pendant long-temps. Justinien destinait l'histoire intérieure du droit à l'instruction des commençans, puisqu'à l'exposition d'un grand nombre des maximes qui se trouvent dans ses Institutes, il fit joindre quelques détails sur leur histoire. On a commis, sous ce rapport, une grande faute en ne prenant pas pour règle l'importance des matières (2). Aussi celui qui ne pouvait consulter que ce recueil était-il moins au courant de l'histoire du droit que Théophile, par exemple, à qui l'on accorde avec juste raison d'avoir lu encore les ouvrages véritables, et même d'en avoir développé le texte dans des cours.

(1) Fr. 2. D. 1, 2. *De Origine juris -- et omnium Magistratuum -- et Successione prudentum.*

(2) Il est étonnant de voir combien certaines parties de l'histoire du droit sont connues, telle, par exemple, que la différence entre les lois et les plébiscites, plusieurs détails concernant les esclaves, la loi *Ælia Sentia*, la loi *Fusia Ca-*

ninia, l'émancipation répétée trois fois du fils, et la *fiducia* en ce cas, les trois formes anciennes du testament, etc.: elles le sont, parce qu'on les trouve dans les Institutes et même dans des auteurs bien antérieurs; tandis que d'autres, au contraire, sont presque ignorées, comme les *statu liberi*, les *latini*, la *in manum conventio*, la tutelle sur les femmes, la *res mancipi* et *non mancipi*, telle qu'elle fut pendant si longtemps en vigueur, et non pas telle qu'on la considère ordinairement dans les deux cas ainsi désignés, où elle n'était qu'une commémoration de l'ancien droit, le *dominus ex jure Quiritum*, et le maître seulement *in bonis*, etc. Ce qui même a rapport à l'ancien droit dans les Pandectes est ordinairement bien moins connu, par exemple, la *in integrum restitutio*, à cause de la *minima capitis diminutio*.

§ XI. *Insuffisance de ces Sources.*

Un seul trait suffira pour prouver combien les connaissances que nous avons dans l'histoire du droit sont encore incomplètes. Pendant tout un siècle, durant lequel le droit romain était très-perfectionné, et qui s'est écoulé depuis le dernier des grands écrivains sur la jurisprudence, jusqu'aux véritables et premières ordonnances impériales réunies en un code unique, nous ne connaissons presque aucun changement qu'ait subi l'une ou l'autre des matières particulières du droit civil, et, dans le cours

des deux siècles suivans, il n'y a guère que des ordonnances isolées qui puissent nous fournir des matériaux pour l'histoire du droit.

§ XII. *Histoire de l'histoire du Droit.*

Nous pouvons dire ici que depuis l'époque où la connaissance du droit romain se répandit, jusqu'à la renaissance de la science des antiquités, depuis Irnerius, qu'on regarde communément comme le premier, jusqu'à Politien, rien n'a été fait pour la seconde partie de l'histoire du droit, renfermée dans les limites qui seront tracées plus bas (§ XIX), quoique les glossateurs ne fussent pas tout-à-fait aussi ignorans qu'on se plaît quelquefois à le croire. Dans les temps modernes, depuis Politien, et soit avant Cujas, soit entre lui et Thomasius, non-seulement des éditions d'ouvrages rares, ou mutilés et défigurés jusqu'alors, furent publiées par Sichard, Haloander, Zuichem, Taurelli, Cujas, Pithou, Leunclavius et Fabrot, mais encore des tables et des recueils furent faits par

Augustinus, Paul Manuce, Labitte, Sigonius, Brisson, Pighius, Giphanius, Freymon, en un mot, par des jurisconsultes et des antiquaires qui s'entr'aidèrent fraternellement dans leurs travaux. Godefroi-le-Jeune (Jacques) rendit surtout de grands services à l'histoire du droit par son petit Manuel, ses *Fontes quatuor*, et son excellent Commentaire sur le Code Théodosien.

§ XIII. *Cours spéciaux sur l'histoire du Droit.*

C'est durant le cours seulement de la période la plus voisine de nous, depuis Thomasius, que l'histoire du droit commença à être considérée comme un élément de l'instruction que les élèves en droit pouvaient recevoir dans les Universités d'Allemagne. Thomasius, en effet, qui se croyait appelé à opérer une réforme dans les parties les plus disparates du savoir humain, se trouva conduit, au milieu des cours nouveaux qu'il fit le premier et souvent aussi le dernier, à porter ses regards sur

l'histoire du droit romain, qui lui paraissait aussi propre à faire ressortir les vices de la jurisprudence romaine (1), que l'histoire de l'Église et des hérésies, par Arnaud, qu'il estimait tant, à montrer la théologie dans toute sa nudité. Cette impulsion, jointe à ce que Schubart et Gravina avaient fait dans leurs écrits, donna naissance à une foule de manuels sur l'histoire du droit; par exemple, à celui de Beyer, à celui de Chrétien-Godefroi Hoffmann, qui comporte deux volumes in-4° avec les Appendices, et à ceux de Brunnquell et de Heineccius. L'Histoire de ce dernier, corrigée par Ritter, et les travaux fort peu juridiques d'Ernesti, ont donné naissance enfin à l'ouvrage de Bach, auquel on a certainement prodigué trop d'éloges.

(1) *Nævi jurisprudentiæ Romanæ ex historiâ ejus deducti.*

§ XIV. *Antiquités.*

Heineccius destinait également à l'histoire intérieure du droit non-seulement ses Institutes, mais encore ses Antiquités, dans

lesquelles il a suivi l'ordre des titres des Institutes, jusqu'à l'appendice placé à la suite du premier livre. Les passages des anciens y sont rapportés la plupart du temps, quoique l'auteur n'en ait pas toujours tiré, à beaucoup près, un parti aussi avantageux qu'il aurait pu le faire. Il fut puissamment aidé dans ce travail par l'édition des opuscules sur l'ancien droit romain, que Schulting avait publiée sous le titre de *Jurisprudentia Anti-Justinianea*, titre qui peut induire en erreur si l'on n'y ajoute pas le mot *minor*, et faire penser que cette édition renferme aussi le Code et les Novelles de Théodose, ou bien même porter à croire qu'il est possible de s'en passer. Durant tout le cours du dix-septième et du dix-huitième siècle, il ne parut plus une seule édition manuelle du Code, et ce fait seul établit une différence bien marquée entre eux et le seizième.

§ XV. *État peu florissant de l'histoire du Droit.*

Quoiqu'à l'époque où nous sommes arrivés, chacun de ceux qui publièrent un plan d'études destiné à l'usage des élèves en droit, se fît une sorte de point d'honneur de recommander deux cours, l'un sur l'histoire et l'autre sur les antiquités de la jurisprudence, marchant de concert avec l'enseignement des Institutes et des Pandectes; cependant les deux parties historiques du droit romain prospérèrent peu, soit dans les Universités, soit dans les livres. A Goettingue même on se bornait à faire connaître l'histoire de tous les droits suivis en Allemagne, qui était fort déplacée, et parce qu'elle n'a rapport qu'à l'histoire extérieure de la jurisprudence, et parce qu'on l'exposait dans les premiers six mois d'études. On ne pensait point à des ouvrages d'une certaine étendue, ou, lorsque le cas l'exigeait, on se contentait de citer soit l'in-folio de Terrasson, soit les cinq volumes in-quarto de

Toscan Mandatorizzo. A cette époque les cours, non plus que les écrits relatifs à l'histoire de la jurisprudence, ne pouvaient être comparés aux travaux des théologiens sur l'histoire ecclésiastique.

§ XVI. *État plus florissant.*

Cependant on finit par introduire plus de méthode dans la science des antiquités en général, et par écrire l'histoire d'une manière plus libérale. A la Dissertation critique sur les premiers siècles de l'histoire romaine par Beaufort, succédèrent l'Histoire de la République par Ferguson, puis celle de l'Empire romain par Gibbon, et maintenant nous avons, dans les deux volumes que Niebuhr a publiés, le commencement des plus savantes et des plus ingénieuses recherches sur l'origine de l'histoire romaine. Il est vrai que toute révolution en philosophie exerce une influence nuisible sur l'histoire envisagée d'une manière générale; mais on ne peut pas disconvenir non plus que celle-ci ne finisse par en tirer profit.

§ XVII. *Méthode de Reitemeier.*

L'Histoire de la jurisprudence allemande, écrite par Reitemeier, est le premier livre dans lequel l'histoire du droit civil ait été traitée d'après le plan qu'on avait déjà suivi souvent pour celle du droit public, c'est-à-dire qu'à la fin de chaque époque on trouve un aperçu de ce qui, par rapport à chaque point de doctrine en particulier, distingue plus particulièrement cette période de celle qui l'a précédée et de celle qui l'a suivie. Cette manière d'écrire l'histoire du droit compta aussitôt un grand nombre d'imitateurs. Cependant, non-seulement quelques jurisconsultes, les plus versés dans la connaissance du droit romain, demeurèrent fidèles à la marche qu'on avait adoptée autrefois, et qui consistait, comme dans les Institutes, à suivre chaque doctrine depuis les temps les plus reculés jusqu'à Justinien; mais encore on rencontra plusieurs écrivains qui condamnèrent cette nouvelle méthode comme très-pernicieuse, au moins dans l'enseignement oral.

§ XVIII. *Améliorations postérieures.*

Il paraît nécessaire de soumettre à plusieurs modifications la méthode nouvelle qu'on a introduite.

Premièrement il faut que l'encyclopédie juridique du droit, dont la connaissance est indispensable aux élèves, précède l'histoire de la jurisprudence, quoiqu'elle doive aussi admettre parmi ses élémens une esquisse rapide de cette histoire. Une exposition détaillée de l'histoire du droit ne paraît point convenable au début des études; mais ce n'est pas seulement, comme on l'a prétendu, parce qu'il lui arrive fort souvent d'entrer dans des discussions de pure critique, et qu'elle ne se borne point à rapporter des faits certains et positifs (1).

(1) Feu Huebner a dit dans les *Berichtigungen and Zuzætzen zu den Institutionen* (c'est-à-dire, *Rectifications et additions aux Institutes*, p. 4.) qu'il a publiées sans y mettre son nom, qu'une histoire des lois et du droit (c'est ainsi qu'il appelle l'histoire des sources et des doctrines) écrite dans l'esprit de celle dont il s'agit ici, ne peut convenir qu'à ceux qui ont déjà le talent de distinguer le bon du mauvais et la vérité de l'erreur, c'est-à-dire, à ceux qui savent douter et réfléchir.

En second lieu, il faut que l'histoire du droit romain fasse l'objet d'un cours spécial, que celle du droit allemand, celle de l'empire, et celle de l'état et du droit allemands, forment la matière d'un second cours, et même que ces deux cours soient confiés à des professeurs différens (1).

Troisièmement, le droit exposé à la fin de chaque période, et qui forme, à proprement parler, l'objet principal, doit suivre rigoureusement l'ordre auquel les Romains se conformaient lorsqu'ils voulaient donner un aperçu complet et scientifique de l'ensemble, c'est-à-dire qu'il faut que le droit civil soit séparé du droit public, et divisé en trois ou quatre parties principales, sur le type desquelles on cherche ensuite à établir de semblables divisions dans le droit public. Changer cet ordre à chaque période, d'après les idées qui dominaient alors, paraît ici une entreprise moins nécessaire, ou même moins praticable que dans l'histoire des dogmes du christianisme.

Quatrièmement, il importe de prendre garde que les temps anciens ne soient pas

traités avec autant de détails qu'il est si facile de le faire à chaque proposition, lorsqu'on examine les antécédens. Plusieurs décrets des derniers empereurs sont plus importans pour le droit civil, que la plupart des plébiscites qui les ont précédés.

(1) [En France, par l'ordonnance du 25 mars 1819, ce plan successif a été adopté; mais le cours d'histoire du Droit romain et celui d'histoire du Droit français ont été réunis et confiés à un seul professeur.]

§ XIX. *Rapport avec l'histoire* savante.

Cinquièmement, l'ordre chronologique est la meilleure base qu'on puisse prendre pour fixer les limites entre l'histoire de la jurisprudence et l'histoire *savante* du droit romain, afin de ne pas répéter deux fois la même chose. L'histoire de la jurisprudence finit à Justinien, et elle embrasse encore, mais seulement par forme d'appendice, les événemens qui survinrent dans l'Empire, sous les successeurs de ce prince; tandis que le tableau des vicissitudes du droit romain dans les royaumes allemands

qui s'établirent sur les débris de l'Empire d'Occident, forme uniquement le partage de l'histoire *savante*, laquelle, au contraire, n'a pas, comme on le voit, à s'occuper des jurisconsultes romains antérieurs à Justinien, non plus que de leurs ouvrages ni de leur mérite.

§ XX. *Rapport avec la philosophie du droit positif.*

Enfin la philosophie du droit positif forme une branche distincte de la jurisprudence considérée comme science. Elle puise en grande partie ses exemples dans l'histoire du droit, de même que celle-ci lui emprunte les jugemens qu'elle porte sur les faits qu'elle retrace, tant ceux qui ont rapport aux sources, que ceux qui concernent chaque doctrine en particulier. On ne saurait déterminer d'une manière générale laquelle de ces deux parties, celle qui est philosophique, ou celle qui est historique, doit précéder l'autre dans l'enseignement ou l'étude : ce qu'il y a de certain, c'est que

celle qui passe après l'autre a un grand avantage sur cette dernière, par cela précisément qu'elle vient après elle.

§ XXI. *Langue de l'histoire du Droit.*

On s'épuiserait en vains efforts si l'on voulait chercher à prouver qu'une histoire du droit romain doit nécessairement être écrite en latin. Cependant il est hors de doute qu'on doit attacher beaucoup d'importance aux mots techniques des Romains, soit qu'ils se trouvent seuls, soit qu'on les rencontre réunis ensemble, et que, dans ce dernier cas, il faut avoir égard à leur situation respective, opération qui ne peut se faire que très-difficilement dans un livre pour la rédaction duquel on a fait choix d'une langue vivante.

§ XXII. *Utilité prétendue de l'histoire du Droit romain pour le jurisconsulte.*

L'expérience journalière apprend que l'utilité de l'histoire extérieure et intérieure du droit romain ne tient nullement à ce que

cette histoire soit indispensable dans le travail du cabinet ni dans les affaires. Au moins n'a-t-on besoin, ni pour l'un ni pour l'autre de ces deux cas, d'un cours particulier qui lui soit consacré; car on peut, on doit même acquérir, dans une bonne encyclopédie, des idées justes sur l'origine de notre *corpus juris*, et l'on se tromperait beaucoup si l'on comptait sur le secours de l'histoire de la jurisprudence pour conduire à des découvertes importantes relativement à l'application journalière et usuelle du droit romain (1). L'avantage le plus marqué sous ce point de vue est à peu près celui qu'Hamberger a saisi, c'est-à-dire qu'il consiste à savoir que quand on demande si une doctrine ou une matière du droit romain est applicable ou non chez nous, la solution de ce problème devient d'autant moins une opération purement mécanique de la mémoire, qu'on connaît mieux les rapports historiques sous lesquels peut être envisagée cette matière. Cependant il y a des jurisconsultes, fort habiles du reste, qui savent à peine un seul mot de l'histoire du droit (2); mais

tout homme qui se sent animé d'une noble ardeur pour les sciences a besoin de quelque chose qui le réconcilie avec la partie purement mécanique de son état, et beaucoup de ceux dont la profession repose sur la connaissance du droit doivent se trouver dans ce cas.

(1) Auguste s'est servi (Suet. *Octav.* c. 25.) des mots *aureo hamo piscari* pour exprimer un travail qui coûte plus qu'il ne rapporte. Masson les a employés, dans la vie de Cujas, pour dire que les titres des passages, dans les Pandectes, donneraient de grands éclaircissemens, et il est fort remarquable que ce contre-sens, presque absurde, a été fort bien accueilli par une foule d'écrivains.

(2) La concession que je fais ici, afin de ne pas paraître exalter par trop d'importance la partie scientifique de la jurisprudence, dont je fais mon occupation favorite, a été considérée comme formant un contraste parfait avec ce qui, suivant Savigny, constitue l'essence de l'école historique dans la science du droit.

§ XXIII. *Utilité véritable de cette histoire.*

Ce que nous venons de dire sur l'importance de l'histoire du droit en général (§ III), et sur celle de son alliance avec la philosophie de la jurisprudence (§ XX), a dû suffire déjà pour prouver que l'histoire du droit romain

peut avoir réellement l'utilité qui vient de lui être assignée. Mais elle a encore un autre avantage; car celui qui prend intérêt à suivre la marche progressive de l'esprit humain, celui qui sait se dégager de ce préjugé barbare qui consiste à prêter une aridité effrayante à tout ce qui peut avoir rapport à la jurisprudence, celui-là, dis-je, doit être curieux d'apprendre comment, chez un des peuples les plus remarquables de l'histoire, et surtout qui attachait tant d'importance à son droit civil, ce même droit a pu, au milieu de presque toutes les distinctions imaginables, soit par rapport aux hommes, soit par rapport aux contrées, soit enfin par rapport au gouvernement, se développer d'abord à un point aussi admirable, puis se défigurer et s'altérer autant par l'effet de la mauvaise administration et de l'ignorance.

§ XXIV. *Motif pour lequel c'est précisément sous ce rapport que les auteurs anciens sont insuffisans.*

De grands changemens se sont opérés dans la manière de traiter l'histoire du droit

romain. Ces changemens consistent surtout à établir des comparaisons, dont les premiers qui s'en sont occupés n'avaient et ne pouvaient avoir aucune idée, par exemple, à le comparer soit avec le droit anglais, lequel, quoique presque entièrement hors de la dépendance de celui des Romains, s'accorde néanmoins à tant d'égards avec celui-ci, soit avec tout l'ensemble de l'histoire moderne. Ces changemens, comme on le voit, ont dû introduire une méthode nouvelle, et cette méthode est encore un des motifs pour lesquels on doit renoncer à apprendre la branche historique de la jurisprudence dans les ouvrages qu'on y a consacrés autrefois, quels que soient d'ailleurs les droits de leurs auteurs à notre reconnaissance. Ceux mêmes qui soutenaient avec opiniâtreté qu'on ne peut pas aller plus loin que n'ont été Heineccius et Bach, et qui ne se sont pas aperçus que précisément Bach n'a rien fait pour l'histoire des doctrines, et qu'aujourd'hui on se sert bien plus souvent d'Ulpien et de Théophile qu'on ne le faisait il y a une soixantaine d'années; ceux-là du moins se-

ront forcés, maintenant que nous possédons Gajus, de céder, et de reconnaître l'avantage que la découverte de nouvelles sources nous procure. Ces sources nouvelles, dont les monumens cités plus haut (§ IV) font partie, et l'avantage de pouvoir mieux mettre à profit les anciennes que ne l'a fait Ulpien, par exemple, sont la juste récompense du zèle ardent avec lequel on s'occupe aujourd'hui de l'histoire de la jurisprudence dans les Universités allemandes.

§ XXV. *Importance de la division en plusieurs périodes.*

Ce n'est ordinairement que pour la commodité des lecteurs qu'on s'astreint à couper une narration dont toutes les parties s'enchaînent, et alors peu importe la manière dont sont faites ces divisions; mais le cas devient différent lorsqu'on sépare plusieurs objets qui doivent être examinés l'un après l'autre et dans autant de chapitres, avant de passer aux suivans; il l'est bien davantage encore lorsqu'il faut donner, à

la fin de chaque période, un résumé succinct de l'état dans lequel les choses se trouvaient à ce moment, résumé qu'on tire uniquement des faits dont il a été question dans le cours de cette période, ainsi que de ceux dont on n'a pas parlé, ou même qui résulte de la comparaison avec les temps antérieurs.

§ XXVI. *Périodes de l'histoire du Droit Romain.*

On conçoit facilement que les périodes varient selon chaque branche de l'histoire. Ainsi, celles que Gibbon a établies nous paraissent les plus utiles, sinon pour l'histoire romaine en général, du moins pour celle du Droit Romain. Elles ont d'ailleurs cet avantage que, si, conformément aux calculs de la chronologie ordinaire, on admet jusqu'à Justinien treize siècles (1), et qu'on exprime ce temps en nombres ronds, méthode qu'on peut aisément adopter, ou même dont il faut, jusqu'à un certain point, se contenter dans l'histoire ancienne, principalement dans celle des Romains, les périodes se trouveront alors presque toutes de la même

longueur, ou du moins elles seront tout aussi uniformément inégales.

(1) Gibbon compte près de quatorze cents ans, *Const. Deo auctore*, § 25, et *Tanta* dans le *princ.*

§ XXVII. *Première période.*

I. Depuis la fondation de Rome jusqu'aux douze tables. (*An de Rome* 1 *à* 300, *avant J.-C.* 750 à 450). Enfance de la ville et du droit. A la fin seulement de cette période on voit paraître une grande loi écrite, dont le caractère le plus saillant consiste peut-être dans l'égalité qu'elle établissait entre les patriciens et les plébéiens sous le rapport du droit civil. Les fragmens de cette loi sont une source principale pour l'histoire de cette période.

Jurisconsultes célèbres : Papirius (incertain). Appius Claudius.

§ XXVIII. *Seconde période.*

II. Depuis les douze tables jusqu'a Cicéron. (*An de Rome* 300 *à* 650, *avant J.-C.* 450 *à* 100). Age de jeunesse. Rome est devenue considérable. Le droit est déjà partagé par la coutume, en droit civil (*jus*

civile), et en droit honoraire ou prétorien (*jus prætorium*); mais on ne l'apprend et on ne l'exerce encore que par routine, et comme une profession mécanique. Les Plébiscites rendus à la fin de la guerre sociale établissent l'égalité entre les Romains proprement dits et une grande partie des habitans du reste de l'Italie. Cicéron est ici une des sources principales.

Jurisconsultes célèbres : FLAVIUS. CORUNCANIUS. ÆLIUS. CATON.

§ XXIX. *Troisième période.*

III. DEPUIS CICÉRON JUSQU'A ALEXANDRE SÉVÈRE (1). (*An de Rome* 650 *à* 100, *avant J.-C.* 100, *jusqu'à l'an* 250 *de l'Ère vulgaire*). Age de virilité. L'empire est un des plus vastes qui aient jamais existé. Les facultés morales arrivent au plus haut point de développement, d'abord dans les arts, puis dans les sciences, et surtout dans la jurisprudence. Les Plébiscites, les Sénatus-consultes et les Constitutions des empereurs apportent de grands changemens dans le droit; ils opèrent surtout une égalité plus marquée,

quoique non encore complète, entre les habitans de Rome et ceux des provinces. La réunion des maximes du droit public en corps de doctrine date de cette époque, à laquelle appartiennent la plupart des fragmens connus d'ouvrages sur le droit romain, et pour l'histoire de laquelle ces fragmens sont par conséquent la source principale.

Jurisconsultes célèbres : SCÉVOLA. SERVIUS SULPICIUS. OFILIUS. LABEO. SABINUS. JULIANUS. GAJUS. PAPINIEN. PAULUS. ULPIEN. MODESTIN.

(1) C'est avec intention que je n'ai pas fait une nouvelle période à Adrien, quoiqu'on soit obligé de convenir que bien des points de l'histoire du droit pourraient se trouver les mêmes à la fin de l'époque précédente et au commencement de celle-ci ; alors la première s'étendrait jusqu'à Auguste, et la seconde jusqu'à Adrien. Toutes les périodes ne sont certainement pas dans ce cas.

§ XXX. *Quatrième période.*

IV. DEPUIS ALEXANDRE SÉVÈRE JUSQU'A JUSTINIEN. (*An de Rome* 1000 *à* 1300, *depuis J.-C.* 250 *à* 550). Age de vieillesse. L'empire est pressé de toutes parts dans ses provinces éloignées, la culture de l'esprit tombe en décadence, la science du droit

se fonde sur de simples citations de passages ou sur les Décrets des empereurs, et ces deux espèces d'autorités, auxquelles les Grecs donnent le nom de Lois (*leges*), sont rassemblées en corps par ordre du gouvernement. On voit alors disparaître un grand nombre de différences qui avaient eu jusqu'à ce moment beaucoup d'importance dans le droit civil. Les recueils sont les sources principales de l'histoire de cette période.

Jurisconsultes célèbres : HERMOGÉNIEN. THÉODOSE II. GREGORIUS. TRIBONIEN. THÉOPHILE.

§ XXXI. *Trois points de vue à considérer dans chaque période.*

On doit examiner, dans chaque période, trois objets qui ne donnent pas tous, à beaucoup près, des résultats aussi féconds :

1° *L'Histoire des sources du Droit;*

2° *L'Histoire de la manière dont on l'a envisagé ou, en d'autres termes, Histoire de la culture de la science du droit;*

Ces deux parties constituent, en les réunissant, l'*histoire extérieure* du droit : enfin

3° *Le Droit romain lui-même, tel qu'il*

était alors, tel qu'on le déduit soit des sources qui appartiennent à la période, soit de celles qui font partie de la suivante. Cette troisième série donne l'*histoire intérieure* du droit.

§ XXXII.

L'ouvrage que je soumets au public n'étant qu'un manuel, c'est-à-dire n'étant que le canevas d'un cours oral dans lequel chaque point de doctrine doit être plus amplement développé, j'ai cru nécessaire de le rattacher à quelques-uns de ceux dont il a été parlé dans les paragraphes précédens. Cette tâche devient assez facile en indiquant où se trouve chaque matière dans les écrits antérieurs à l'époque de Justinien et dans les diverses parties du *Corpus juris*. J'ai pensé qu'il me serait permis, par la même raison, de renvoyer quelquefois à mon *Magasin pour le Droit civil*, qui me semble indispensable pour l'histoire des sources. Les *Institutiones juris civilis historico-dogmaticæ* de Haubold (Leipzig, 1821, 2 vol. in-8°), sont remplies aussi de renvois fort exacts à une foule d'autres livres.

HISTOIRE
DU
DROIT ROMAIN.

PREMIÈRE PÉRIODE.

DEPUIS LA FONDATION DE ROME JUSQU'AUX DOUZE TABLES.

CHAPITRE PREMIER.

HISTOIRE DES SOURCES.

§ XXXIII. *Esprit de ces recherches.*

L'HISTOIRE de cette première période repose entièrement sur des traditions qui ne furent écrites que long-temps après, et dont les Grecs et les Romains ne se servirent que bien plus tard encore pour écrire l'histoire. Nous devons donc moins nous attacher aux événemens en eux-mêmes, qu'à peindre exactement ce qui distingua les Romains dès l'origine même de leur ville. En nous livrant à cet examen, nous porterons successivement notre attention sur les objets qu'on sait être les plus naturels et les plus importans dans toute étude philosophique quelconque. Rome était beaucoup trop petite pour qu'il pût

exister dans son sein des différences quelconques sous aucun de ces rapports.

§ XXXIV. *Les habitans d'après leur origine.*

Les habitans de Rome, considérés sous le rapport de leur nature animale, étaient tous de la même race, c'est-à-dire de race européenne. Plus que nulle autre nation, et plus qu'eux-mêmes à aucune autre époque de leur histoire, ils appartenaient à un seul peuple, celui des Latins, dont la langue se conserva toujours (1); mais ils ne se regardaient point comme les descendans d'un seul homme. Les étrangers étaient accueillis volontiers parmi eux, et non-seulement ils admettaient ceux qui, ayant été jusqu'alors les chefs indépendans d'une tribu, émigraient pour venir les trouver, ou entraient de toute autre manière dans leur société (2), mais encore ils recevaient dans leur sein les personnes bannies des villes voisines, et même les esclaves, soit les esclaves transfuges (3), soit leurs propres esclaves, quand ils avaient reçu la liberté des maîtres auxquels ils appartenaient, ce qui arrivait souvent. Il n'est pas facile de décider si leur conduite, sous ce dernier rapport, était le résultat de l'application de quelques maximes du droit civil, ou plutôt du désir d'avoir des bras de plus, et jusqu'à un certain point des remplaçans à la guerre. A la vérité, il est encore fort douteux que les affran-

chis aient joui de droits égaux à ceux des autres Romains; mais l'affranchissement était néanmoins une institution si importante, qu'on l'étendait même à d'autres choses qu'aux hommes. On ne peut pas se faire une idée exacte du nom de Romain, si l'on n'a point égard à cette manière d'accroître la population, qui exerça particulièrement une influence si puissante sur les conquêtes que le peuple romain fit par la suite, mais qui introduisit aussi des élémens fort dangereux dans la société (4). Elle eut effectivement pour résultat de diminuer, en quelque sorte dès le principe, les avantages d'une nombreuse famille, qui fut moins considérée comme un bonheur que comme un mérite. Aussi conçoit-on sans peine que rien de ce qui exige l'*unité d'origine* ne pouvait avoir lieu chez les Romains, et que, d'un autre côté, ils étaient obligés de recourir à des mesures particulières pour obtenir une *unité factice*. C'est ainsi, par exemple, que les noms de famille (*nomina gentilitia*, terminés en *ius*, vraisemblablement comme υἱός), dont l'usage chez les Romains est bien antérieur à celui des surnoms et des prénoms, se transmettaient non-seulement par la naissance, mais encore de plusieurs autres manières.

(1) Cette circonstance paraît renverser entièrement l'opinion de ceux qui donnent une origine étrusque à tous les Romains, ou seulement aux Patriciens. On peut s'être servi de la langue étrusque dans les cérémonies du culte, à peu

près comme, dans les pays catholiques, on emploie le latin au même usage, mais la langue des Romains ne différait même pas par le nom de celle des Latins.

(2) Les passages de Tacite (*Annal.* 4. 65); *Dux gentis Etruscæ sedem eam acceperat*, et de Suétone (*in Tib.* 1.); *Romam recèns conditam cum magnâ clientum manu commigravit*, prouvent en faveur de cette assertion.

(3) Liv. 2, 1. *Illa pastorum convenarumque plebs, transfuga est suis populis, sub tutelâ inviolati templi cum libertatem aut certè impunitatem adeptâ....*

(4) Comme les affranchis n'avaient jamais de biens qu'ils tinssent de leurs ancêtres, plus d'un Romain, d'une famille ancienne et riche, finit par confondre dans son esprit toute la classe pauvre du bas peuple dans la même catégorie que ceux-ci.

§ XXXV. *Caractère.*

Sous le point de vue des dispositions de l'esprit et du cœur, en tant qu'elles résultent d'une bonne constitution et de beaucoup d'autres circonstances semblables, les Romains étaient un peuple favorisé de la nature, mais d'un caractère peu aimable, qui avait plus d'ordre que d'imagination, plus de solidité que de goût (1), plus d'attachement pour les usages reçus que de sentimens libéraux. De ces qualités dérivaient leur ponctualité dans le service, leur fidélité à tenir leur parole (2) et surtout les sermens qu'ils avaient faits, et la vaillance qu'ils déployaient dans les combats; mais il en résultait aussi la dureté avec laquelle ils se conduisaient envers les vaincus, les débiteurs et les pauvres (3). L'orgueil dont ils faisaient

preuve dans leurs relations avec les peuples étrangers, tenait d'une part à ce que jamais ils ne concluaient de traité de paix dans l'adversité, ni ne permettaient aux étrangers de s'immiscer dans leurs dissensions intérieures, de l'autre à ce que tout reposait chez eux sur les bases de la liberté et de la propriété. Ils n'avaient de piété qu'autant qu'il en fallait pour affermir encore davantage leur caractère dominant; et cependant la plupart de leurs actions portaient un caractère religieux, caractère dont il n'y a guère que le mariage qui offre des traces chez nous. Mais les Romains ne connaissaient ni caste sacerdotale (4), ni dogmes religieux solidement établis. Durant la période dont nous nous occupons, on ne trouve chez eux aucune trace de cet affreux penchant à l'empoisonnement, auquel on les accuse depuis long-temps d'avoir souvent cédé à l'occasion des contestations qui s'élevaient entre co-héritiers prétendant à une même succession, non plus que de ce caractère vindicatif des Italiens de nos jours, dont on a voulu dernièrement se servir pour expliquer diverses particularités de leur histoire.

(1) Cette observation est surtout vraie par rapport aux plaisirs de l'amour. Quant à ce qui concerne le goût pour les plaisirs appelés illicites, il est curieux de comparer ce que nous savons sur le compte des Romains, d'après Gibbon, avec ce que Michaelis dit des Juifs (*Mosaisches Recht*, c'est-à-dire, *Droit Mosaïque*, tom. V, p. 232).

(2) L'anecdote rapportée par Tacite (*Annal.* 13, 54), et qui n'a aucun trait ici, n'est nullement propre à donner la prééminence aux Germains sur les Romains, et à contre-balancer le témoignage de Polybe en faveur de ces derniers. On peut aussi ne pas faire beaucoup d'attention aux paroles d'Aulu-Gelle, et dire qu'il parle d'une manière trop générale, lorsqu'il dit (20, 1); *Omnium maximè et præcipuè fidem coluit.* Cependant Cicéron s'exprime aussi de la même manière (*Tusc. quæst.* 1, 1).

(3) On trouve chez les Romains des traces d'avarice bien avant celles de l'avidité nourrie par la dissipation. C'était faire un grand éloge de quelqu'un que de dire qu'il était économe. Polybe nous apprend qu'à Rome personne ne faisait de présens, ou ne remboursait avant l'échéance (22, 3). Cicéron dit aussi que la maxime *largitio fundum non habet* y était passée en proverbe (*De Offic.* 2, 15).

(4) C'est-à-dire que le sacerdoce n'exemptait ni de la guerre, ni des travaux de l'agriculture.

§ XXXVI. *Civilisation.*

Dès le commencement de leur histoire, les Romains paraissent arrivés à ce degré de civilisation que l'on appelle avec raison le troisième. Ils étaient agriculteurs, mais fort éloignés encore d'avoir poussé l'art de cultiver la terre à sa perfection. Quoiqu'ils habitassent une ville, peu d'entre eux s'adonnaient à des professions sédentaires. L'agriculture formait, avec les exercices de la guerre, l'occupation habituelle du peuple, et les personnages les plus considérables ne songeaient même pas à se reposer sur leurs subalternes de ce soin important. On ne trouvait donc pas parmi

eux, comme chez les Germains, des serfs, des droits seigneuriaux, une juridiction qui s'y rapportât, et la propriété des immeubles plus bornée que celle du mobilier. Ils employaient, comme moyen d'échange, les métaux, principalement le cuivre, dont la valeur se calculait au poids, et qui, par rapport à l'argent, en avait alors beaucoup moins qu'il n'en acquit dans la suite (1). L'écriture leur servait de même pour le commerce, et très-souvent aussi c'était sur l'airain qu'ils l'appliquaient.

(1) Niebuhr, *Roemische Geschichte*, c'est-à-dire, Histoire Romaine, tom. I. p. 268.

§ XXXVII. *Pays.*

Le pays était, dans l'origine, fort simple, non-seulement dénué de provinces, mais même borné à une seule ville et à sa banlieue. Aussi n'y avait-il ni dialectes, ni droits locaux différens entre eux, comme il en existe dans quelques contrées de l'Europe. Mais la banlieue de Rome n'avait point de bornes naturelles, et n'était séparée d'un grand nombre d'autres pays que par des limites accidentelles. Les Latins, dont les Romains descendaient (§ XXXIV), formaient cependant déjà un peuple particulier, comme leurs voisins, les Sabins, les Èques et les Volsques, dont le territoire était situé du côté des Apennins. En haut du Latium, et au nord du Tibre, habitaient les

Étrusques, dont la civilisation avait quelque rapport avec celle des Égyptiens, et auxquels les Romains empruntèrent un si grand nombre de leurs usages. Au midi s'étendait la vaste plaine de la Campanie. A l'est de l'Italie moyenne étaient situés l'Ombrie, le Picénum et le Samnium. En un mot, de quelque côté que les Romains voulussent s'étendre, ils touchaient à d'autres peuples qui n'avaient peut-être pas moins qu'eux le désir de s'agrandir.

§ XXXVIII. *Latitude de Rome.*

Quoique Rome soit dans une situation déjà très-méridionale, et qu'on y puisse cultiver non-seulement les céréales, mais encore la vigne, et même l'olivier, des causes qu'il est facile de concevoir y rendaient néanmoins l'hiver sensiblement plus rigoureux qu'il ne l'est aujourd'hui. Les habitans éprouvaient donc de grands besoins durant cette saison, et ils étaient obligés de travailler pour les satisfaire. Ils s'aidaient, dans leurs travaux champêtres, des mêmes bêtes de somme et de trait que celles dont nous nous servons; seulement ils employaient plus fréquemment les mulets et les ânes. Quant aux chameaux et aux éléphans, ces animaux des pays chauds ne furent connus à Rome que long-temps après ceux dont nous venons de parler, et ne s'y acclimatèrent même jamais (1).

(1) Le droit romain nous en présente des traces dans Ulpien (19, 1).

§ XXXIX. *Nature du sol.*

L'Italie entière, comme toutes les péninsules allongées, offre un terrain coupé alternativement par des collines et des vallées. Le voisinage de la mer rendait le pays accessible à la civilisation étrangère. Rome était bâtie sur des collines, ainsi que la plupart des autres villes de cette contrée, et, comme ces dernières aussi, elle ne fut à proprement parler, dans le principe, qu'un village fortifié (§ XXXV). Autour d'elle régnait une vaste plaine circulaire, que des émanations dangereuses, d'origine en partie volcanique, couvraient durant l'été, mais où, du reste, l'air est vif et léger, et l'eau excellente.

§ XL. *État civil des personnes. Inégalités résultantes de la nature.*

Il est peut-être superflu de dire que l'état des personnes, l'état civil, était bien loin alors de répondre à ce que la raison exige sous ce rapport. Il était si peu général, qu'on n'accordait presque aucuns droits à beaucoup d'individus, parce qu'on les considérait comme ne faisant point partie de la grande famille. D'ailleurs cet état était basé sur le droit civil, et même sur un droit civil très-rigoureux, de telle sorte qu'il arrivait sou-

vent que ceux même qui faisaient partie du peuple étaient regardés comme n'appartenant pas à cette classe. Les inégalités naturelles des hommes exerçaient sur leurs droits une influence plus ou moins forte qu'il ne semble nécessaire qu'elles en aient. L'âge déterminait, à la vérité, si un Romain devait être soumis à un tuteur, mais nullement si ce tuteur devait être un père. Les femmes n'étaient pas, il est vrai, réduites à cette infériorité, pour ainsi dire, avilissante, à laquelle ordinairement elles sont soumises dans les pays où règne la polygamie, mais cependant jamais une femme romaine n'était complétement indépendante. On n'attachait presque aucune importance soit au rapport des enfans avec la mère, soit à leur rapport avec d'autres par l'intermédiaire de celle-ci. Les familles s'éteignaient lors même qu'il existait encore des descendans du côté des femmes. Il était naturel, en effet, qu'un peuple guerrier pensât que les individus non combattans ne sont pas aussi utiles que ceux qui contribuent à la défense de la patrie. On n'avait égard aux facultés intellectuelles que quand il s'agissait de personnes tombées en fureur ou en démence, et dont on restreignait les droits. On ne tarda pas non plus à en agir de même envers ceux qui dissipaient leurs biens en folles dépenses.

§ XLI. *Inégalités résultantes du droit. Esclaves.*

Parmi les inégalités qui résultaient uniquement de la loi ou du droit proprement dit, les Romains en avaient établi une fort importante entre les personnes libres et les esclaves (*servi*), indépendamment de celles qui naissaient des rapports de famille et de fortune. Ces dernières inégalités doivent nécessairement exister dans toute société, et nous-mêmes, la plupart du temps, nous y attachons une grande importance; mais les Romains leur laissaient tant de latitude, que chacun était libre d'en abuser, et qu'on ne songeait à aucun établissement en faveur des pauvres. La condition des esclaves était préférable sous tous les rapports à celle des nègres de nos colonies, et elle était un peu plus dure que celle des serfs allemands ou russes. Mais il y avait à Rome un usage fort important, dont j'ai déjà parlé plus haut (§ XXXIV) : c'est que le maître accordait souvent la liberté à son esclave, et qu'à dater de cette époque, celui-ci, qu'on appelait alors affranchi (*libertus*), devenait membre de la famille de celui qui, en quelque sorte, était devenu son père (*patronus*). Les descendans de l'affranchi, et même les esclaves affranchis par lui, étaient tenus de reconnaître aussi et l'ancien maître et ses descendans pour patrons, ou au moins de se dire leurs *cliens*. Il était tout naturel d'ailleurs que celui qui

ne jouissait pas d'une considération assez relevée pour avoir des cliens personnels, cherchât à se faire client d'un autre, et qu'il renonçât à une indépendance qui lui devenait à charge dans le système de relations que ses concitoyens avaient établi entre eux.

§ XLII. *Patriciens et Plébéiens.*

Une autre inégalité, résultante aussi de la loi, était celle qui régnait entre les Patriciens et les Plébéiens. Il est permis de croire que les premiers furent d'abord choisis arbitrairement parmi tous les hommes libres, ou, ce qu'il paraît plus naturel de penser, qu'ils furent dans le principe les chefs de familles, et que ce fut sous eux que se forma le peuple (*plebs*), composé, alors surtout, de leurs affranchis et de leurs descendans; de façon que, dans ce système, les titres de grandes et petites familles (*majores* et *minores gentes*), seraient synonymes d'anciennes et de nouvelles familles. On peut aussi supposer que les pères (*patres*), venus de l'Étrurie, s'étaient pour ainsi dire réunis, comme par miracle, avec le peuple (*plebs*), originaire du pays des Latins, pour ne former ensemble qu'une seule nation. On a cité à l'appui de cette dernière hypothèse, contraire d'ailleurs au sentiment des anciens eux-mêmes, l'exemple des Athéniens, ainsi que la différence qu'on faisait habituellement à Rome entre le

peuple en général (*plebs*) et ceux de cette classe en particulier qui descendaient directement des patriciens.

§ XLIII. *Gouvernement primitif.*

Le premier gouvernement de Rome reposait sur un Roi, un Sénat et une Assemblée du peuple. Le Roi avait le commandement général et absolu des troupes en temps de guerre. Son pouvoir n'était pas illimité; mais il le conservait jusqu'à sa mort, et un de ses parens pouvait même espérer de lui succéder. Jamais le Sénat ne fut à Rome ce que son nom indique au premier abord qu'il devait être, c'est-à-dire une assemblée d'hommes distingués seulement par leur âge; mais cette réunion était composée des membres de la première maison qui avait formé la souche de chaque famille (*gens*). La plus ancienne Assemblée populaire (*comitia*) eut lieu par Curies, mode de convocation qui dans la suite fut adopté exclusivement pour toutes les affaires relatives au culte. Cependant de très-bonne heure il est parlé aussi des Tribus dans l'histoire. Peut-être est-ce d'après le nom seulement de *tribus* que les anciens ont conjecturé qu'il fut un temps où il n'y en avait que *trois* à Rome.

§ XLIV. *Changemens de gouvernement.*

On dit que les trois élémens du gouvernement

de Rome, dont nous allons parler dans le paragraphe suivant, ne furent introduits qu'à une époque plus reculée, à peu près vers le troisième siècle depuis la fondation de la ville. Ces trois élémens nouveaux intéressent bien plus l'histoire du droit que beaucoup d'autres mutations analogues qui se sont opérées dans le cours de la seconde et de la troisième périodes, parce que ce furent eux qui donnèrent lieu à la rédaction de la grande loi fondamentale. A Rome ce furent tour à tour les riches, les Patriciens et les chefs de la multitude qui exercèrent une influence puissante dans l'état.

§ XLV. *Le Cens.*

La tradition seule attribue à l'avant-dernier roi de Rome le premier changement qui s'opéra dans le gouvernement, c'est-à-dire l'institution de Cens et des Comices par Centuries. Ce changement s'opéra sans exciter le moindre trouble. La participation de chaque citoyen au maniement des affaires devint alors proportionnée à la part que chacun supportait dans les charges publiques, dans le service militaire et dans les impôts. Cette participation et ces charges furent aussi mises en rapport avec la fortune, et ici nous n'entendons pas par fortune uniquement celle qui est acquise par les voies de droit, la seule à laquelle les modernes donnent souvent le nom de for-

tune, mais encore celle qui tient aux personnes, c'est-à-dire à l'âge. Peut-être même n'était-ce là dans le principe qu'une simple amélioration rendue nécessaire par la confusion qui régnait entre les Patriciens et les Plébéiens, soit par suite de l'inégalité qui s'était établie entre les membres de chaque caste, soit parce que quelques individus de la classe inférieure s'étaient élevés avec le temps au-dessus de ceux de la classe supérieure : peut-être aussi n'était-ce que l'introduction parmi le peuple (*plebs*) d'un usage qui n'avait eu lieu jusqu'alors que parmi les Patriciens. Quoi qu'il en soit, il résulta de là que la fortune et les qualités personnelles de chaque homme libre furent soumises de temps en temps à un examen scrutateur, après lequel on lui accordait place dans une des classes, riches ou pauvres, que l'on comptait au nombre de cinq, ou même à proprement parler, de six, et dans une centurie ancienne ou nouvelle (*seniorum* ou *juniorum*). C'est d'après le rang que le citoyen occupait dans l'ordre civil que se réglaient ensuite, tant l'obligation de servir en temps de guerre à ses frais, et avec un équipement déterminé, que celle d'abandonner au trésor public une portion de sa propriété. Des riches, quoique en petit nombre, avaient, par leur réunion, une voix délibérative égale à celle d'une multitude de pauvres, de même qu'on voit fréquemment encore aujourd'hui l'influence de

chaque associé, dans une société de commerce, être déterminée par le nombre des actions ou portions d'intérêts, et non par celui des individus. Les Patriciens, considérés uniquement comme tels, durent perdre de plus d'une manière à un état de choses qui plaçait tous les avantages du côté de la richesse.

§ XLVI. *Le Consulat.*

L'abolition de la dignité royale, et l'établissement d'une nouvelle magistrature qui remettait tout le pouvoir entre les mains de deux patriciens, désignés seulement pour une année (*consuls, consules*, vient du grec ὕπατοι, ce qui prouve par conséquent que ce mot ne dérive pas de *consulere*), furent au contraire, deux opérations fort avantageuses pour toute la classe patricienne. En effet, quoique ces nouveaux chefs politiques fussent appelés par le fait à remplacer le Roi, et qu'ils jouissent en conséquence de toutes les prérogatives attachées à la royauté, à tel point même, qu'il n'était pas rare qu'on cherchât à soulever le peuple contre eux, cependant il était dans la nature d'une pareille institution d'affaiblir le pouvoir du premier magistrat, et d'accroître dans une proportion contraire celui du premier corps de l'état. D'abord la dignité consulaire était, par sa nature même, beaucoup plus élective que ne l'avait jamais été celle de

Roi, et le Consul avait sans cesse à lutter contre la pensée, toujours présente à l'esprit de ceux qui l'avaient élu, que c'était à eux qu'il était redevable du pouvoir. Il n'avait non plus ni des prérogatives aussi durables, ni une prépondérance aussi grande, même sous le rapport de la fortune particulière, qu'en a un monarque qui ne doit le trône qu'au hasard de la naissance. En second lieu, les Consuls ne restaient qu'une année en fonctions, et ils n'étaient élus que pour une seule campagne : par conséquent l'idée que deux successeurs allaient bientôt les remplacer, la crainte d'être en butte à la haine de leurs concitoyens lorsqu'ils seraient redescendus au rang d'hommes privés, et la retenue qu'ils devaient garder en présence de tant de personnages consulaires, avec lesquels ils étaient continuellement en relation, toutes ces circonstances étaient autant d'élémens qui souvent les empêchaient d'user de leur pouvoir dans toute son étendue. Enfin, en dernier lieu, ils étaient toujours deux, et dès lors l'un pouvait servir de frein à l'autre(1).

(1) Le principe fondamental du droit public des Romains était : *Melior est conditio prohibentis*, ainsi qu'Appien le fait souvent remarquer (par exemple *Bell. civ.* 1, 12 et 3, 50). Il est vrai, néanmoins, de dire que, dans un système de renouvellement annuel, ce n'était jamais là qu'un *veto* suspensif.

§ XLVII. *Motifs de ces institutions.*

Les Plébéiens gagnèrent peu à ces innovations. Cependant un certain nombre d'entre eux fut admis dans le Sénat, sous le titre de *conscrits* (*concripti*) (1). Quant au dernier Roi, il paraît qu'il se rendit personnellement odieux aux Romains. On ne saurait décider si les services qu'il rendit à Rome furent exactement contre-balancés par sa tyrannie, et sous ce rapport nous ferons observer que c'est son règne qui nous fournit le premier exemple d'un abus d'autorité commis uniquement pour satisfaire la passion de l'amour; mais ce qui est certain c'est qu'à partir de cette époque les Romains ne voulurent plus souffrir chez eux de souverain à vie, c'est-à-dire de Roi. Le peuple voulait être libre, et la liberté lui paraissait incompatible avec une souveraineté viagère, ni, à plus forte raison, héréditaire.

(1) *Patres conscripti* est une de ces nombreuses locutions dans lesquelles on a négligé la particule *et*, comme dans *usus fructûs*, ou autres mots semblables, et qu'on traduit littéralement dans la langue française. Ces locutions n'ont plus dès lors qu'un sens fictif ou de convention.

§ XLVIII. *Origine du Tribunat.*

Le Tribunat dut sa naissance à ce que la partie la plus nombreuse du peuple romain, loin de gagner au changement dont nous venons de

parler, n'avait fait qu'y perdre. Quelque libéral que fût le gouvernement, il n'offrait pas au Plébéien pauvre la moindre ressource contre les horreurs de la misère. Les Sénateurs suscitaient sans cesse des guerres nouvelles à l'état, dans la seule vue de ménager des occasions de triomphe aux membres les plus considérables de leur ordre, et peut-être aussi dans l'espoir que la guerre, en faisant augmenter le prix des grains et de l'huile, permettrait aux riches de vendre leurs récoltes plus cher, et de prêter leur argent à un plus haut intérêt. Le citoyen qui n'avait pas assez de fortune pour laisser chez lui un esclave chargé de cultiver son champ, et qui voyait peut-être aussi son petit domaine ravagé par l'ennemi, était contraint d'acheter d'abord, puis d'emprunter, au prix et à l'intérêt qu'exigeait le riche usurier, d'accord avec tous ceux de sa condition. Dès que le pauvre s'était engagé, il n'y avait pas de pouvoir humain qui pût arrêter le cours de la justice, surtout quand c'était un Patricien, et plus encore lorsque c'était un Sénateur qui faisait valoir ses droits auprès des Consuls.

§ XLIX. *Pouvoir des Tribuns.*

L'institution du Consulat ne put pas tarder à être suivie de mesures prises pour venir au secours des pauvres. Des magistrats annuels, désignés sous le nom de *Tribuns du peuple*, et dont

on porta successivement le nombre jusqu'à dix, furent revêtus du droit de résister à tout ce que les Consuls et le Sénat voulaient faire, principalement dans ce qui avait rapport à l'administration de la justice. Leur personne fut déclarée inviolable au plus haut degré (*sacrosancti*). On assemblait le peuple par Tribus lorsqu'il s'agissait de les élire. Bientôt après on vota de la même manière sur les propositions (*leges*) qu'un Tribun soumettait à ses électeurs, et quand ces propositions étaient accueillies par ceux-ci, elles prenaient le nom particulier de Plébiscites (*plebiscita*). Ce n'était pas non plus la pluralité des voix qui l'emportait parmi les tribuns; chacun d'eux avait le droit de *Veto* ou d'intervention, et pouvait ainsi paralyser pour une année entière les mauvaises intentions, ou même l'accord unanime de ses collègues.

§ L. *Les douze Tables.*

La grande loi des douze Tables dut plutôt sa naissance aux querelles des Tribuns avec les Consuls qu'à l'insuffisance du droit coutumier et des lois écrites (1), ou au besoin d'un *Code*, dans le sens que nous attachons aujourd'hui à ce mot, ou même au désir de rendre les Patriciens et les Plébéiens parfaitement égaux sous le rapport du droit civil (2). Il paraît que les Tribuns arrachèrent pour ainsi dire par force cette transac-

tion à leurs adversaires; mais, au fond, ce furent eux qui y perdirent, parce qu'il leur fut difficile d'exercer le droit de *Veto*, dont ils avaient joui jusqu'alors sans restriction, du moment où les Consuls purent invoquer en leur faveur le sens clair et précis de la loi. Ce qui est au moins certain, c'est que l'histoire ne nous apprend pas qu'ils en aient tiré un grand avantage. Il était tout naturel que, pour composer ce Code, on dût avoir égard aux lois des autres peuples, et il était encore plus naturel qu'on ne se contentât pas de copier ces lois dans les livres, mais qu'on envoyât des députés en prendre connaissance sur les lieux. On peut même admettre la tradition, appuyée d'ailleurs sur la découverte d'une ancienne statue, qui veut qu'on ait employé à cette rédaction un Grec de l'Asie mineure, appelé Hermodore, et que les envoyés soient partis d'Italie pour entreprendre leur voyage. Mais ce qui est fort singulier, c'est qu'on n'ait désigné que des Patriciens pour rédiger cette transaction (*Decemviri legibus scribendis*), et qu'on ait remis toute l'autorité entre leurs mains, sans la faire limiter par le Tribunat, qu'on avait eu tant de peine à obtenir. Cependant nous sommes forcés de convenir, d'abord que toutes les lois fondamentales, depuis Moïse jusqu'aux temps les plus voisins de nous, ont émané de ceux qui exerçaient le pouvoir. D'un autre côté le Sénat n'é-

tait peut-être pas fâché de saisir cette occasion pour abolir le Tribunat.

A la fin de la première année, l'un des Décemvirs, Appius Claudius, fit nommer d'autres Décemvirs dans le nombre desquels on assure qu'il se trouvait aussi des Plébéiens. Toutefois le plan d'Appius échoua, et le renversement du Décemvirat nous offre le second exemple d'un homme sans principes abusant du pouvoir, mais cherchant au moins à décorer son iniquité d'une apparence de procédure judiciaire. Cependant la loi fondamentale, qui avait été rédigée pendant les deux années que dura ce gouvernement singulier, et qui dut le nom sous lequel on la désigna, à son étendue, extraordinaire pour le temps, cette loi se maintint malgré la haine qu'on portait à ceux qui en avaient été en dernier lieu les auteurs.

(1) Une de ces lois (*Fr.* 2, *D.* 11, 8) est attribuée au second Roi de Rome, et n'offre pas beaucoup de traces de l'ignorance qui régnait, dit-on, à Rome vers cette époque. On en connaît encore une, la loi *Tarpeia*, ou peut-être *Ateria*, sur les amendes (*mulctæ*), qu'on a voulu lire autrement, parce qu'on a regardé comme équivalens le nombre de brebis et celui de bœufs qui y sont désignés.

(2) Les passages de Tite-Live, que rapporte Niebuhr (tom. II, p. 109) afin de prouver que le droit devint égal entre les deux ordres, ne doivent certainement pas s'entendre de l'abolition de ce droit local et de condition qui avait été en vigueur jusqu'alors, car Tite-Live et les autres écrivains

anciens ne parlent point d'une différence établie par des lois, et qui aurait été supprimée à cette époque; mais ils disent que chacun, depuis lors, put faire valoir son droit sans acception de personne, ce qui signifie que la différence entre les deux ordres, considérée déjà depuis long-temps comme illégale, ne pouvait plus alors être invoquée avec autant de facilité qu'autrefois.

§ LI. *Opinions diverses sur les douze Tables.*

Les opinions ont beaucoup varié, du moins à dater de notre troisième période, sur l'importance des douze Tables. Cicéron, en les comparant soit aux conceptions des philosophes, parmi lesquels il veut sans doute désigner particulièrement Platon, soit aux autres droits positifs, Cicéron les loue avec une grande partialité; mais cette partialité, on ne sait pas toujours s'en garantir lorsqu'on met en parallèle les institutions dont on a contracté l'habitude, soit avec les hautes prétentions de la raison, auxquelles, il faut l'avouer, rien ne correspond dans l'expérience journalière, soit avec les modifications nouvelles qui sont proposées, soit enfin seulement avec les usages établis chez d'autres nations (1). Tacite dit positivement qu'elles furent le dernier droit impartial à Rome, et en cela il est fidèle à sa manière ordinaire de jeter un coup d'œil rapide sur l'histoire des temps antérieurs à l'époque dont il s'occupe (2). Au contraire, le philosophe Favorinus les traite comme plus d'un grand philo-

sophe a traité depuis le droit positif, et probablement par le même motif, c'est-à-dire pour ne l'avoir pas compris (3).

(1) *Fremant omnes licet, dicam quod sentio : bibliothecas, mehercule, omnium philosophorum unus mihi videtur XII Tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare..... Quantùm præstiterint nostri majores prudentiâ cæteris gentibus, tùm facillimè intelligatis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim quàm sit omne jus civile, præter hoc nostrum, inconditum et penè ridiculum.* (*Cic. de Or.* 1, 44.)

(2) *Finis æqui juris.....* (*Tacit., Annal.* 3, 27). Comme l'auteur dit plus loin : *Nam secutæ leges, et si aliquandò in maleficos ex delicto, sæpiùs tamen dissensione ordinum..... læsæ sunt*, il est impossible d'interpréter ces mots d'une autre manière.

(3) Gell. *Noct. Att.* 20, 1.

§ LII. *Contenu de cette loi.*

Le témoignage des anciens, l'esprit même de la loi, et les nombreux fragmens qui nous en restent ne permettent pas de penser que les douze Tables n'aient contenu que le droit civil. Mais il était possible qu'à cette époque on rapportât au droit public beaucoup d'objets que nous rangeons aujourd'hui dans le domaine du droit civil, de ceux surtout qui roulaient sur les rapports entre les Patriciens et les Plébéiens. Il est vrai que ni les uns ni les autres n'y sont désignés nominativement, mais cette circonstance

était peut-être fort importante par elle-même, comme annonçant qu'on ne devait avoir aucun égard à l'état du plaignant ou de l'accusé. Il est vrai aussi qu'à l'époque des jurisconsultes il y avait déjà long-temps qu'on ne puisait plus le droit public dans les douze Tables, mais qu'on l'allait chercher dans les lois postérieures, tandis qu'à la même époque on pouvoit encore remonter jusqu'à cette ancienne législation pour le droit civil, attendu qu'il n'y en avait pas de plus récente.

§ LIII. *Débris des douze Tables.*

Nous ignorons si l'on conservait encore à Rome l'original des douze Tables du temps de Saint-Cyprien, car ni la loi ni la ville dont il s'agit ne sont désignées clairement dans le passage de cet écrivain qu'on rapporte à l'appui de cette assertion. Au surplus, il ne nous en reste aujourd'hui que des fragmens, épars çà et là dans les auteurs. Dans Cicéron, ces fragmens sont en général peu exacts. Ce ne sont même fort souvent que de simples imitations auxquelles quelques jurisconsultes ont attaché beaucoup trop d'importance. J'en citerai pour exemple l'essai du rétablissement du texte primitif qui se trouve à la suite du *Corpus juris* de Godefroi le père. Une des sources les plus précieuses, si elle existait encore, serait un ouvrage de Gajus sur les douze Tables, dont on trouve des fragmens dans les

Pandectes. Ce sont ces mêmes fragmens dont on s'est servi, depuis Godefroi le jeune, dans tous les manuels d'histoire de la jurisprudence, tels que celui de Bach et beaucoup d'autres, ainsi que dans les deux volumes in-4° de Bouchaud ; mais l'emploi qu'on en en a fait n'est pas propre à nous donner une haute idée du talent et de la véracité des auteurs de ces différens livres. Le reproche le moins grave qu'ils méritent est d'avoir donné à cet ouvrage de Gajus le nom grec de Δωδεκαδέλτων, qui aurait été inintelligible pour les Romains, et qui ne se rencontre que dans le catalogue des sources des Pandectes Florentines, tandis qu'on lit toujours dans les Pandectes elles-mêmes : GAJUS *ad legem XII Tabularum*. Mais il ne nous reste aujourd'hui de cet ouvrage de Gajus que vingt passages des six livres dont il se composait, et il suffira de les parcourir dans Hommel (1) pour se convaincre qu'il s'en faut de beaucoup que même chacun de ces fragmens renferme une maxime des douze Tables. Quant aux termes de la loi elle-même, on en trouve peut-être encore quelques-uns dans Festus. Le manuscrit de Vérone nous fournit également ici une nouvelle source. A l'égard des autres écrivains, il importe beaucoup de consulter les éditions les plus récentes de leurs ouvrages.

(1) *Ep.* 2, 4, et non pas 2, 5.

(2) [*Palingenesia librorum juris veterum.* Lips. 1767, tom. I, p. 117.]

§ LIV. *Ordre des matières.*

On a supposé que chacun des six livres de Gajus correspondait à deux Tables des douze, et, en partant de là, on a trouvé ensuite beaucoup d'analogie entre cette distribution et celle de l'édit, et par conséquent aussi avec celle des Pandectes et du Code. Mais, avec un peu d'attention, on reconnaît bientôt qu'il n'y a que quatre matières à l'égard desquelles nous soyons certains de la place qu'elles occupaient. Ainsi l'*in jus vocare* était dans la première table, suivant Cicéron; le droit de vendre son fils, dans la quatrième, suivant Denys d'Halicarnasse; le service du culte, dans la dixième, encore selon Cicéron; et la prohibition du mariage entre Patriciens et Plébéiens, dans une des deux dernières, selon le même Denys d'Halicarnasse. Nous savons également qu'il était question du testament avant la succession *ab intestat*.

§ LV. *Précautions à prendre dans le rétablissement du texte et dans l'explication de cette loi.*

Il est encore douteux que les douze Tables aient renfermé primitivement tout ce qu'on a prétendu par la suite qu'il s'y trouvait. Nous avons au moins la certitude que Gajus traite incidentellement d'un droit très-postérieur (1), dans son ouvrage sur cette grande loi. D'un autre côté, quand

on rencontre dans les douze Tables une expression employée aussi par des jurisconsultes plus modernes, on a coutume d'admettre qu'elle avait dans cette loi le même sens que celui sous lequel elle est entendue dans les ouvrages de ces derniers. Cependant plusieurs termes usités dans l'ancienne loi finirent par tomber entièrement en désuétude et il peut se faire aussi que le sens des mots ait changé avec le temps.

(1) Gajus, dans le *Fr.* 233, § 1. *D.* 50, 16, parle de la prestation de foi et hommage sous les empereurs; et dans le *Fr.* 43, *D.* 18, 5, de la loi Julia sur l'adultère.

CHAPITRE II.

HISTOIRE DE LA CULTURE DE LA SCIENCE DU DROIT.

§ LVI. *Papirius.*

Ce chapitre doit nécessairement être fort court, puisque, durant la première période, on n'appréciait point encore les avantages qui résultent de la division de la science, et qu'on ne songeait, par conséquent, ni aux livres ni à l'érudition. Cependant Denys d'Halicarnasse et Pomponius placent à cette époque un certain Papirius, qu'on regarde comme l'auteur le plus ancien des recherches sur le droit romain faites par un simple particulier. L'opinion de ceux qui lui attribuent un recueil écrit de toutes les lois rendues par les rois, ne mérite pas qu'on s'y arrête. D'autres ont pensé que le droit civil de Papirius reposait sur la tradition seule, et ne roulait que sur les cérémonies du culte, ce qui lui donnerait alors quelque analogie avec le travail publié par Granius Flaccus (*de Indigitamentis*), au commencement de la troisième période.

§ LVII. *La connaissance du droit réservée exclusivement aux Patriciens.*

Il est important de faire ici une observation générale, et qui peut également s'appliquer aux

périodes suivantes, c'est que toutes les fois qu'il s'agit de connaissances plus ou moins étendues dans la science du droit, c'est parmi les Patriciens qu'il faut aller les chercher. Ces derniers, en effet, n'étaient jamais étrangers de naissance, et possédaient presque tous une fortune considérable; d'ailleurs, comme ils réunissaient dans leur ordre les dignités sacerdotales, c'était encore chez eux qu'on trouvait le plus fréquemment ces notions qui avec le temps prirent le nom d'instruction et de science. D'ailleurs, le droit étant étroitement lié à la religion, les pontifes étaient ceux qu'on consultait dans toutes les occasions importantes. Si l'on remarque en outre que les Patriciens vivaient habituellement à Rome, c'est-à-dire dans le lieu où il se présentait le plus de questions de droit à résoudre, qu'eux seuls parvenaient au Consulat, ou étaient les amis et les conseillers des Consuls, qu'enfin il leur arrivait souvent d'être nommés juges, et qu'ils étaient appelés à prononcer dans des contestations de toute espèce, du moins dans celles qui pouvaient s'élever entre leurs cliens, on sentira facilement qu'il n'était pas possible de trouver ailleurs que chez eux la connaissance des affaires et la science du droit.

CHAPITRE III.

LE DROIT ROMAIN CONSIDÉRÉ EN LUI-MÊME A LA FIN DE CETTE PÉRIODE.

§ LVIII. *Branches.*

Je dois supposer que le lecteur n'ignore pas en combien de branches la jurisprudence fut partagée dans la suite des siècles. Je me contenterai donc d'observer qu'il peut fort bien se faire qu'une troisième branche principale, le *droit sacré* (*jus sacrum*) ou *pontifical* (*jus pontificium*), ait disparu avec le temps (1). Il est à peu près inutile de dire que, durant cette première période, on n'eut même pas la pensée de diviser la science du droit en plusieurs parties. Cependant on ne saurait douter qu'il n'y eût déjà des doctrines qu'on peut aisément rapporter aux branches admises aujourd'hui, et ces doctrines sont énoncées formellement dans la loi. Cette circonstance me semble de nature à devoir fixer davantage l'attention qu'on n'a coutume de le faire ordinairement.

(1) Le mot *jus*, précédé ou suivi, soit d'un adjectif, soit d'un génitif, offre ici un de ces cas rares, dans lesquels les anciens s'écartaient de leur manière ordinaire de désigner les objets, puisque, dans la plupart des autres circonstances, ils se contentaient de les exprimer par la formule *de*...., etc.

§ LIX. *Sources.*

Cic. *Top.* 5, et *De Invent.* 2, 22.

Gaji. *Instit.* p. 1.

Ulp. Les quatre premiers paragraphes, sans ancienne rubrique (*Jus civ. Antej.* p. 7).

Frag. veter. jurisconsulti de juris speciebus § 1, 3. (*Jus civ. Antej.* p. 251, 252).

Instit. 1, 2. *De jure naturali, gentium et civili.*

Dig. 1, 3. *De legibus senatusqueconsultis ex longâ consuetudine.*

A cette époque les sources du droit étaient les décisions (*leges*) du peuple (*populus*), dont la dernière l'emportait toujours sur celles qui l'avaient précédée (1). La totalité du peuple n'obéissait point encore d'une manière implicite aux lois (*scita*) rendues par les Plébéiens seuls et aux résolutions (*consulta*) prises par le Sénat, c'est-à-dire aux actes émanés de deux pouvoirs législatifs qui s'exerçaient simultanément. Beaucoup de doctrines fondées uniquement sur les coutumes, les opinions et le langage, sinon de tous les peuples connus, du moins de ceux que les Romains connaissaient alors, exerçaient presqu'autant d'empire à Rome que celles qui avaient été établies par des lois. Nous trouvons la cause de ce fait remarquable dans la différence qui existe entre ce qui est *légitime* (*legitimum* et non *legale*), et ce qui est *juste* (*justum*). On ne se contentait déjà plus d'appliquer cette dernière dénomina-

tion au seul droit civil, mais on l'étendait encore à ce qui fut depuis appelé le droit des gens. C'est ce qu'annonce positivement le sens du mot *æquum*, qu'on faisait synonyme de *justum*. Les mots *fas*, *fastus*, n'avaient rapport qu'au culte, et ils ne dérivent pas de la même source que *fari*.

(1) *In XII Tabb. legem esse, ut quodcumque postrêmum populus jussisset, id jus ratumque esset.* (*Liv.* 7, 17). On n'est pas certain cependant que ce passage existât réellement dans la onzième Table, et, quand bien même on n'aurait pas quelque raison d'en douter, on pourrait encore penser que ces mots exprimaient seulement le rapport des deux dernières Tables aux dix premières.

DROIT PRIVÉ.

PREMIÈRE SECTION.

DES PERSONNES (*de jure Personarum.*)

§ LX. *Considérations générales.*

GAJI *Instit.* p. 1, 56.

ULP. T. 1, 18, en ayant, à la vérité, plus d'égard à la propriété qu'il ne le faut ici. (*Jus civ. Antej.* p. 6, 51).

INSTIT. 1, 3. 26.

DIG. 1, 5, *de Statu hominum.*

Ce n'est que chez les modernes que le mot *status* (*état*, *condition*) est devenu un terme technique dans le droit public, qui l'a tiré de *status reipublicæ*. Mais on ne le trouve même pas encore appliqué au droit civil dans Cicéron. Les expressions *status hominum*, *status defunctorum*,

causa status, status questio, status controversia, que l'on rencontre plus tard dans les écrits des jurisconsultes romains, ne veulent jamais dire que la première partie du droit civil s'occupe de la différence de condition (*status*), et que l'état des personnes soit ou naturel (*naturalis*), ou civil (*civilis*) : elles ne signifient point non plus que l'état civil présente les trois qualités dont il est parlé dans les Institutes à l'occasion de la tutelle, et dans les Pandectes au sujet de la diminution de tête (*capitis diminutio*, mots dont les modernes n'admettent point l'inversion) dans la restitution pour cause de minorité (*in integrum restitutio*); cependant la perte de ces qualités est signalée d'une manière spéciale dans le droit romain, et c'est d'après elles que les modernes passent en revue tout ce qui a rapport au droit des personnes. On néglige donc aujourd'hui un grand nombre de circonstances qui constituaient bien certainement un état (*status*) chez les Romains, et la marche que l'on suit n'est nullement conforme à l'ordre adopté par les Romains; néanmoins je suis obligé de me conformer à cet ordre pour n'être point moi-même en contradiction avec ce que j'ai dit plus haut (§ XVIII).

A. DIFFÉRENCE ENTRE LES PERSONNES LIBRES ET LES ESCLAVES.

§ LXI. Servi.

Ulp. 2. *de Statu liberis.*

Instit. 1, 3. *de Jure personarum* (titre trop général, comme beaucoup d'autres).

Dig. 40, 1. *de Manumissionibus.* 2. *de Manumissis vindictâ.* 4. *de Manumissis testamento.* 7. *de Statu liberis.*

La plus grande différence établie par le droit romain entre les hommes, différence bien autrement essentielle que toutes les distinctions admises aujourd'hui, est celle qui existait entre les personnes libres (*liberi*) et les esclaves (*servi* (1), *servæ*, *ancillæ*, ou aussi *mancipium*). Cette matière est connue, à la vérité, mais pas autant qu'elle le mérite à cause de son importance. Les esclaves ne jouissaient d'aucun droit particulier à Rome. Cependant, lorsqu'ils étaient *statu liberi* (mots qui se trouvaient déjà dans les douze Tables (2), qui sont du nombre de ceux dont les modernes conservent l'inversion, et dont le premier ne provient pas du substantif *status dies* ou *statim*), ils pouvaient avoir l'expectative de la liberté, qu'ils recevaient à certain jour ou à certaine condition, sans qu'elle dépendît du caprice de leur maître. Mais la simplicité du droit primitif, la considération que le mot *dare* ne se représente point dans la suite, quand il est question

des *statu liberi*, tandis qu'il est supposé dans le passage des douze Tables, et enfin celle qu'on pouvait aussi être esclave de son plein gré (*vi ipsâ*) (3), toutes ces circonstances autorisent à penser qu'à l'époque dont nous parlons, on désignait sous la qualification de *statu liberi* ceux qui, chez les modernes, sont dans l'état opposé à la juste servitude (4). C'est ainsi que, plus tard, on appela de même ceux qui avaient été affranchis par acte de la dernière volonté, *testamento*, mais sous une condition quelconque.

(1) *Servus* vient plutôt de ερος, ou de *serere* que de *servare*. En admettant cette étymologie, il se rapprocherait de *nexus*, quant à l'origine.

(2) On ne cite de cette proposition de la loi des douze Tables, *Statu liberi* EMPTORI *dando liber esto*, que le contenu et le mot EMPTORI (*Ulp*. 2, § 4. — *Fr*. 25 et 29. § 1. *D*. 40, 7).

(3) *Fr*. 1. *D*. 40, 7.

(4) HEIN. *Ant*. 1, 4. § 1.

§ LXII. *Origine de la Servitude.*

Un homme *naît* esclave quand sa mère est elle-même esclave (*ancilla*), ou bien il le *devient* 1° soit quand il a été *saisi* comme ennemi, ou du moins comme ne se trouvant compris dans aucun traité; c'est de là que les Romains faisaient dériver le mot *servus* et celui de *mancipium*; 2° soit quand un créancier le fait vendre pour se payer sur son prix; 3° soit enfin lorsqu'il est condamné à la servitude à titre de châtiment. Mais on ne le

devient jamais ni par convention ni par prescription.

§ LXIII. *Hommes libres.*

ULP. I, 5 et suiv. *de libertis.*
INSTIT. I, 4. *de ingenuis.* I, 5. *de libertinis.*

Un homme libre peut être né libre, et Romain libre, circonstance qui ne se détermine que d'après la condition de la mère (*ingenuus*); ou bien être affranchi d'une juste servitude (*libertinus*); différence qui constitue aussi un état, une condition (*status*), quoiqu'elle ne se représente point dans la diminution de tête. L'affranchissement était appelé *manu missio*, terme dont les modernes conservent l'inversion. A la place de ce terme on trouve ordinairement dans Plaute, *emittere manu*, ce qui n'est pas exact, puisque la puissance d'un maître sur son esclave ne devait pas être appelée *manus*, et que d'ailleurs l'affranchissement avait lieu de même lorque un tiers recevait du maître le pouvoir de le donner. L'affranchissement a de l'analogie avec les différentes manières d'acquérir la propriété d'une chose que nous ne tarderons pas à développer. En effet il a lieu, 1° devant l'autorité (*in jure* ou *coram magistratu*), en présence de laquelle celui qui avait été jusque-là esclave est déclaré homme libre (*vindictâ* et non *per vindictam*, ou *cum vindictâ* : ce qui veut dire *in libertatem vin-*

dicatione, dans Plaute *festucâ*(1); 2° ou par l'inscription du nom de l'esclave sur les tables du cens, de l'aveu du maître (*censu*, et non *per censum*); 3° enfin par testament (*testamento*, et non *per testamentum*), matière qui n'est cependant point encore traitée par les Décemvirs ni à cette occasion, ni à l'occasion de la tutelle. Nous avons en outre un fragment qui prouve que l'adoption même a suffi dans certains cas pour conférer ce bienfait (2).

L'homme né libre, qui est devenu esclave chez les ennemis, rentre dans tous ses droits au sortir de captivité, et récupère même ceux dont il jouissait en qualité d'ingénu (*postliminium*) (3). Il en est de même dans tous les cas dont il a été fait mention plus haut (§ LXI), et où quelqu'un a pu se dire *statu liber*.

(1) *Mil. Glor.* 4, 1. v. 17.

(2) Gajus § 12. I. 1, 11, *de Adopt.*, d'après Caton. *Voyez* aussi Aul. Gell. 5, 19.

(3) Dig. 49, 15. *De captivis et postliminio et redemtis ab hostibus.*

DROIT DE CITÉ.

§ LXIV. Cives et Peregrini.

La différence entre les hommes libres, qui procède ou de ce qu'ils sont Romains (*C. R.* veut dire *cives Romani*, et ces mots ne s'emploient pas également en sens inverse, ni *optimo jure*), ou de ce qu'ils ne le sont pas (*peregrini*, ou même *hostes*,

expression qui dans l'origine avait peut-être plus de rapport avec *hospites*), ne se présente dans la suite du droit romain qu'à l'occasion des affranchis. Quoique d'ailleurs cette distinction soit d'une haute importance, et que le grand nombre de matières dans lesquelles elle joue un rôle essentiel ne permette pas en aucun cas de s'abstenir avec intention d'en faire l'objet d'un examen spécial (1), cependant elle n'offre pas encore beaucoup d'intérêt à la fin de la première période, puisqu'à cette époque tous les affranchis des Romains étaient eux-mêmes Romains. Il y avait au reste entre ces deux conditions de citoyen et d'étrangers plusieurs degrés intermédiaires, qui étaient occupés par le *nomen latinum*, par les alliés (*socii*), et peut-être aussi par les transfuges (*dedititii*), soit qu'on eût déjà songé réellement à les bannir de la ville, soit que ce châtiment n'ait été introduit que beaucoup plus tard, et appliqué seulement à quelques-uns d'entre eux; mais à coup sûr, dans le principe, on n'était pas dans l'usage d'y avoir recours contre eux (2).

(1) Le passage de Cicéron (*de Orat.*, I, XXXVIII), *Quare denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit*, est un des exemples les plus lumineux des points principaux du droit romain sur cette matière. Ainsi donc si Gajus ne traite pas d'une manière spéciale du droit de cité, c'est vraisemblablement parce que cette matière n'était pas d'une grande importance pour les hommes nés libres.

(2) Gaji *Instit.* p. 6.

§ LXV. *Acquisition et perte du droit de cité.*

On acquiert le droit de cité 1° par le fait de la naissance, et à cet égard on considère ou la condition de la mère, si l'enfant est né hors mariage, ou celle du père dans l'état de mariage; 2° par l'affranchissement, dont on est redevable à un citoyen romain, et 3° enfin par l'adoption. Cette dernière voie était alors d'autant plus facile à employer que souvent même on avait recours à la contrainte pour faire accepter le titre de citoyen.

On perdait ce droit avec la liberté, ou lorsque, tout en restant libre, on devenait membre d'une autre corporation.

§ LXVI. *Corporations ou personnes morales.*

On ne trouve dans les douze Tables aucune disposition sur le droit civil touchant les corps, corporations ou personnes *juridiques* des modernes (*universitates*, *collegia*, *corpora*, *societates*, *personæ publicæ* dans Frontin, et plus tard *corporationes*). Cependant c'est là un point de doctrine dont il est naturel de s'occuper à l'occasion du droit de cité. Aussi quoiqu'on n'en aperçoive aucune trace dans les systèmes que les anciens avaient introduits en jurisprudence, on ne saurait douter toutefois qu'il n'ait aussi existé jadis de semblables corporations privilégiées.

B. DISTINCTION ENTRE CEUX QUI EXERCENT DES DROITS POUR EUX-MÊMES ET CEUX QUI LES EXERCENT POUR AUTRUI (*De his qui sui juris vel alieno juri subjecti sunt*).

§ LXVII. PATERFAMILIAS, *et différentes manières d'être soumis à la puissance d'un autre, en général.*

GAJI *Instit.* p. 13.
ULP. 4. *De his, qui sui juris sunt.*
INSTIT. 1, 8. *De his, qui sui vel alieni juris sunt.*

La seconde grande différence dont les jurisconsultes s'occupaient, était celle qu'ils établissaient entre l'homme qui peut acquérir tous les droits pour lui-même (*sui juris, paterfamiliæ*), mots dont les modernes n'admettent pas non plus l'inversion, *materfamiliæ* dans ce sens, *familiæ suæ princeps*), et celui qui ne peut les acquérir que pour un autre (*alieno juri subjectus*: on ne trouve guère l'expression *alieni juris* que dans le titre et chez les modernes). Dans le titre de la diminution de tête (*capitis diminutio*), il est parlé de *status hominis*, à l'occasion de la petite diminution de tête (*minima*), comme aussi il y est parlé de *libertas* et de *civitas*, à propos de la grande et de la moyenne diminution (*maxima* et *media*); mais le législateur se contente d'employer le mot *changer* (*mutari*), dans le premier cas, tandis qu'il est indispensablement

obligé de se servir du mot *perdre* (*amitti*), dans le second. Le mot *familia*, dont les nombreuses acceptions rappellent celles que nous donnons également à notre mot *maison*, dérive de *famulari*, de même que *pecunia* et *peculium* proviennent de *pecus*. Les anciens ne l'emploient pas ici, comme terme technique, pour exprimer l'état de celui qui exerce des droits pour lui-même, ni pour signifier l'état de la personne qui se trouve sous la dépendance d'un autre; mais Gajus fait usage de trois autres expressions, *potestas*, *manus* et *mancipium*, que naguère nous lisions dans Ulpien (1), placées souvent à côté les unes des autres sans soupçonner qu'il y avait entre elles, quant à la signification, une différence aussi grande que celle dont la découverte du manuscrit de Gajus nous a procuré la connaissance. On n'en trouve aucune dans les douze Tables, si l'on excepte toutefois la dernière, encore y est-elle employée dans un autre sens. Tout nous autorise à penser que, jusqu'à la fin de la seconde période, le sens de ces trois termes ne fut pas parfaitement fixé, de même que nous savons positivement qu'à l'exception d'un seul, ils disparurent vers la fin de la quatrième époque (2). La puissance (*potestas*) est aussi le droit qu'on exerce sur un esclave; mais, du reste, les trois droits dont il s'agit s'étendent aux hommes libres et aux Romains. Sous ce rapport, celui qui a une

autre personne dans son droit, si l'on en excepte peut-être le troisième, doit toujours être du sexe masculin et adulte. Il ne peut y avoir qu'une seule personne à la fois qui exerce ce droit; mais ce même droit s'éteint à sa mort; il paraît cependant qu'elle pouvait le transférer de son vivant. Cette seconde circonstance n'est cependant pas entièrement applicable dans tous les cas, et ce qui n'est pas moins douteux non plus, c'est qu'un rapport de cette nature entre deux individus puisse toujours devenir la cause de la ressemblance de leurs noms.

(1) 19, 18. *Per eas personas, quas in potestate, manu mancipiove habemus.* Il en est de même dans les paragraphes 23, 24 et 25.

(2) Théophile (*Instit.* 1, 8) dit, avec plus de précision encore que le texte, que le droit (*jus*) n'est autre chose que la puissance (*potestas*).

§ LXVIII. Potestas.

Le mot *potestas* s'offre à nous et dans le droit public (1) et dans la partie du droit civil qui a rapport aux choses (2). Mais, la plupart du temps, ce mot n'est qu'une expression technique dont on se sert pour désigner les deux manières par lesquelles un individu peut se trouver sous la dépendance d'un autre individu. Ce terme correspond au mot *puissance*, qui n'a guère moins d'acceptions différentes dans notre langue. Les Romains distinguaient, en effet, la puissance du maître (*dominus, herus*) sur son esclave, et celle

du, père appelé *parens*, *pater*, et non *paterfamilias*, car cette expression, qui est vraisemblablement d'origine plus récente, n'exprimait pas un rapport; cette puissance, le père l'exerçait sur son fils (*filius familias*) ou sur sa fille (*filia familias*).

(1) On trouve en effet déjà *consulari potestate*, *tribunitia potestas*, etc.

(2) *Plenam in eâ re potestatem*, § 4. Instit. 2, 4.

§ LXIX. 1° *Puissance sur les esclaves.*

L'autorité du maître sur son esclave n'est encore presque point limitée par le magistrat qui rend la justice, mais les mœurs l'adoucissent beaucoup. On ne s'occupe point d'une façon spéciale de la manière dont elle naît. Tout ce point de doctrine repose en grande partie, d'abord sur ce qui a déjà été dit touchant la différence entre l'homme libre et l'esclave, et en partie aussi sur ce qui nous reste à examiner par rapport à la propriété des choses.

§ LXX. *Droits sur les affranchis.*

Dig. 38, 1. *De operis libertorum.*

Il n'est parlé nulle part non plus du droit qui subsiste après que le maître a donné la liberté à son esclave. Celui qui avait été autrefois le maître s'appelait *patron* (*patronus*), c'est-à-dire prenait le même titre que portait le patricien à l'égard de ses

cliens (§ XLII), mais ce n'est point en ce dernier sens que ce mot est employé dans les douze Tables (1). Quant à celui qui avait été esclave, on le nommait *affranchi* (*libertus*). Une grande question se présente à cet égard, c'est de savoir si, au temps des douze Tables, celui qui se trouvait d'une manière quelconque sous l'influence d'un patron pouvait être lui-même patron à l'égard de ses affranchis, lorsque nous voyons qu'en tout autre cas celui qui était *in potestate, manu mancipiove*, ne pouvait avoir qui que ce fût en sa puissance. Une notion importante nous manque d'abord pour la solution de cette question; c'est que nous ne savons pas si le mot *patronus* était employé, dans un passage quelconque des douze Tables, comme synonyme de celui de *manumissor* (2). Nous voyons au contraire cette grande loi parler deux fois d'un rapport (3) que déjà, vers la fin de la période suivante, on considérait comme un exemple d'une matière fort rare (4), rapport qui disparut tout-à-fait dans la troisième (5), mais dont néanmoins un mot s'est conservé jusqu'à nos jours dans beaucoup de langues modernes (6); je veux parler des *gentils* (*gentiles*, ou, comme on les trouve aussi appelés une fois *gentilitii*) (7). Ceux qui portaient le même nom, appartenaient tous à la même race (*gens*), ils étaient *gentiles* les uns des autres (8). Par conséquent, comme l'affranchi prenait le nom de celui qui avait été son

maître, il était, aussi-bien que ses enfans mâles, *gentilis* de celui-ci et de sa descendance masculine. Il est parlé expressément dans Tite-Live à l'occasion d'un affranchi, de sa maison (*gens*) (9), et on héritait du fils d'un affranchi par droit de parenté (*gente*) (10). Mais il devait y avoir naturellement une grande différence entre ceux qui étaient *nés* ou ceux qui avaient seulement été *adoptés* dans la *gens*, et leurs descendans; je veux dire, entre ceux qui formaient la souche de la *gens*, tous patriciens d'origine (11), et ceux qui n'étaient entrés dans la famille que par le fait de l'affranchissement accordé soit à eux-mêmes, soit à leurs ancêtres. On n'avait jamais égard qu'aux premiers quand il s'agissait d'appliquer les droits des *gentiles* : peut-être même étaient-ils les seuls qui portassent le nom de *gentiles*, tandis qu'on appelait *gentilitii* ceux sur lesquels ils avaient des droits (12). Le patron de l'affranchi se trouvait en quelque sorte au premier degré du patronat envisagé sous un point de vue général; et si l'on plaçait celui de l'homme libre au même rang, ce n'était plus en considérant le patronat en général, mais en l'envisageant sous le rapport particulier de la *gentilité* (*gentilitas*). Ce rapport ressemblait parfaitement à celui qu'on avait établi entre les agnats, dont ceux du même sang étaient toujours considérés comme les premiers, de manière qu'ils étaient, à l'égard des hommes nés libres,

ce que le patron et ses enfans étaient pour les affranchis.

(1) Le passage qui sert de preuve à cette assertion nous est fourni par Serv. *ad Virg.*, 6, 609.

(2) Il ne nous reste pas un seul passage des douze Tables qui ait rapport au droit d'hérédité du patron sur les biens de l'affranchi. Ce que dit Ulpien (29, 1, 4 et 6), qui les nomme à cette occasion, et les mots assez vagues, sur lesquels je reviendrai plus bas, rapportés par Théophile (1, 17), tout cela pourrait tout aussi-bien s'entendre de quelque matière qui nous est inconnue, et dans laquelle, quoiqu'on n'employât pas le mot de patron, on entendait déjà depuis long-temps parler de celui-ci. Il est certain, quant à la tutelle, que celle du patron sur son affranchi impubère n'était point indiquée expressément, mais seulement *per consequentiam*, dans les douze Tables (Ulp. 11, 3).

(3) A l'occasion de la curatelle, et de la succession *ab intestat*. *Voyez* plus bas.

(4) C'est ainsi qu'on la trouve indiquée dans Cicéron (*De Orat.* l. XXXIX). Le même écrivain y fait également allusion quand il choisit le mot *gentiles* pour exemple d'une définition parfaite, quoiqu'il termine celle qu'il en donne par cette phrase, *hoc fortassè satis est* (*Top.* 6.).

(5) Gajus (p. 130, passage qu'on trouve aussi dans *LL. Mos. Collatio*, 16, 2) dit à la fin : *Qui sint autem gentiles, primo commentario retulimus* (passage qu'on avait lu ainsi : *Commentariorum et ultimum est*) *et, cùm illic admonuerimus, totum gentilitium jus* (ce droit des *gentiles*) *in desuetudinem abiisse*. Ulpien s'exprime de même : *Nec gentilitia jura in usu sunt.* (Dans la *LL. Mos. Collatio*, 16, 4, à la fin).

(6) *Gentilhomme*, *gentleman*, *gentiluomo*.

(7) *Intestatorum gentilitiorum hæreditates*, etc., tel est le commencement du passage cité dans la note 5. Ordinaire-

ment on n'a point égard à cette acception du mot *gentilitius*.

(8) *Gentilis* est celui qui appartient à la même *gens*, comme *tribulis* est celui qui fait partie de la même *tribu*. (Plin. *Hist. nat.*, 33, 1). Les esclaves étaient tellement isolés du reste des citoyens, qu'on ne les désignait que par le nom de leurs maîtres; ils s'appelaient presque les *gentils* de leurs maîtres (*gentiles dominorum*).

(9) Liv. 39, 19. *Fesceniæ Hispalæ.... gentis enuptio.... esset.*

(10) Cic. *De Orat.* 1, 39.

(11) Le *Vos solos gentes habere* qu'on reprochait aux patriciens, prouve que la *gentilité* se rapportait au patriciat seulement, et on ne doit pas être étonné qu'elle soit tombée en désuétude lorsque le temps abolit le patriciat lui-même. La contestation dont parle Cicéron, et qu'on a citée si souvent, s'éleva entre deux familles qui portaient le même nom, celui de Claudius, mais dont l'une était patricienne, tandis que l'autre, celle des Marcellus, était plébéienne. Celle-ci faisait valoir ses droits de souche, c'est-à-dire, prétendait que le fils décédé d'un affranchi appartenait à sa ligne. Celle des Claudius, au contraire, se fondait sur l'affinité (*gens*), vraisemblablement parce que les patriciens étaient les seuls qu'on pût comprendre dans la catégorie de ceux qui exerçaient des droits sur les autres, en qualité de *gentiles*.

(12) Dès qu'on admet ce principe, la définition que Cicéron donne (*Top.* 6.) des *gentiles*, en disant que ce sont seulement ceux *ab ingenuis oriundi*, et dont *majorum nemo servitutem serviverat*, ne présente plus aucune difficulté. Ces deux conditions, indispensables pour les *gentiles*, ne l'étaient point pour les *gentilitii*. Mais si l'on refuse d'établir cette acception des deux mots sur la foi d'un seul passage d'un manuscrit peu authentique, dans lequel certaines personnes sont appelées *gentilitii*, on peut au moins très-bien dire que l'expression *gentiles* se prenait dans deux sens, c'est-

à-dire qu'on désignait ainsi, d'abord ceux qui font partie d'une *gens*, et même en tant seulement qu'on peut exercer sur eux les droits qui découlent de cette condition, et ensuite, mais plus particulièrement, ceux qui exerçaient ces droits. Le terme de *gentiles* peut donc être comparé à celui d'*agnati*, nom qui ne pouvait être porté que par un individu du sexe masculin, quoiqu'on pût certainement aussi être l'agnat d'une Romaine. Il n'y a ici qu'une seule différence, c'est que personne n'interprète mal le mot *agnati*, non-seulement parce que nous connaissons bien mieux la matière, mais encore, et c'est ce qu'il est important de remarquer, parce que nous savons, par l'exemple d'un jurisconsulte (Ulpien), dans quel ordre on disposait les mots par rapport les uns aux autres. Il n'en est pas de même de la définition du mot *gentiles* qui émane peut-être de la même source, mais qui se rapporte à une matière déjà controversée au temps de Cicéron, et dont toutes les circonstances accessoires nous sont inconnues.

§ LXXI. Patria Potestas. *Acquisition de cette puissance 1° par la naissance.*

Gaji *Instit.* p. 13 et suiv.
Ulp. 5. *De his qui in potestate sunt.*
Instit. 1, 10. *De nuptiis.*
Dig. 23, 25.

La puissance paternelle (*patria potestas*, mots que les modernes n'intervertissent pas non plus) constitue la première manière d'après laquelle un homme, qui est libre et Romain, puisse dépendre d'un autre. Elle procède de la naissance *ex justis nuptiis*, *ex justo matrimonio* (1), c'est-à-dire qu'elle procède d'une femme vivant dans

un état de mariage approuvé par les lois romaines, soit avec celui même qui doit acquérir cette puissance, soit avec un homme qui se trouve en la puissance de celui-ci. Les Institutes qui gardent le silence sur la *manus*, ne sont pas le premier ouvrage où il soit question du mariage, car Gajus et Ulpien en parlent accidentellement; mais tous deux gardent le silence sur la manière dont finit ce contrat, et Ulpien s'occupe en même temps de l'influence qu'il exerce sur les biens. Pour qu'un mariage soit légitime, plusieurs conditions sont nécessaires. Il faut d'abord que les deux époux soient pubères, libres, et jouissant jusqu'à un certain degré du droit de cité; il faut en outre qu'aucun des deux ne se trouve encore actuellement engagé dans les liens d'un précédent mariage. Une autre condition non moins essentielle, c'est l'accord (*connubium*) des parties contractantes (2), qui exige que toutes deux soient ou patriciennes ou plébéiennes (3), et peut-être même déjà que, si la femme est une affranchie, l'époux en soit un aussi, et appartienne à la même race (*gens*) (4) que celle-ci. Enfin, et c'est là surtout une condition indispensable, il faut qu'un degré trop voisin de parenté ne rende pas l'union incestueuse. Cette parenté pouvait être ou congénitale appelée *cognatio* terme qui, de même que celui d'*agnatio*, vient de *gnasci*, et désigne l'affinité de race, mais non la consanguinité, du moins dans le langage

des jurisconsultes romains; ou bien elle était acquise par le mariage (*affinitas*). Quant à la première, elle était ou corporelle et juridique tout à la fois, telle est l'agnation en vertu de la parenté corporelle par les hommes, sans que rien l'ait précédée; ou bien, simplement juridique, c'est l'agnation par une adoption qui dure encore; ou enfin seulement corporelle, c'est la cognation simple qui existe 1° après la cessation de l'agnation entre parens consanguins, 2° par le côté des femmes, 3° par celui des étrangers. Le mariage n'avait jamais lieu entre parens et enfans (*parentes et liberi*), à quelque degré que ce fût dans l'ordre direct résultant de l'agnation ou de l'affinité. Entre collatéraux, si l'on excepte le degré qui plus tard se trouva compris, avec plusieurs autres cas différens, sous la désignation générale de *parentum et liberorum loco esse* (5), les seuls degrés qui missent obstacle au mariage étaient tout au plus 1° le quatrième degré de parenté consanguine (6), à l'égard duquel on ne considérait pas si le père et la mère avaient ou non été les mêmes; 2° le plus proche degré possible dans la parenté purement juridique. Ici on n'avait aucun égard à l'affinité. Il n'y avait aucune circonstance qui pût dispenser d'obéir à ces défenses, auxquelles cependant ne se rapportait directement aucun passage des douze Tables.

Le consentement mutuel des parties contrac-

tantes est indispensable pour que le mariage soit réel et valide; mais lorsque les personnes qui s'unissent sont en puissance de parens, il faut en outre le consentement de ces derniers (7). Il ne paraît pas au surplus que ni la cohabitation, ni aucune démonstration extérieure de l'existence du mariage, fussent essentielles pour la validité de celui-ci.

Les anciens ne disent rien ici de la fin du mariage, quoiqu'elle soit d'une haute importance pour la puissance paternelle, puisque la procréation qui a lieu après que le mariage est dissous, ne donne plus aucun droit d'exercer cette puissance.

Le mariage cesse:

1° Par la mort, et l'on n'a nullement égard ici aux héritiers;

2° Par l'inhabilité d'un des deux époux à vivre désormais dans l'état de mariage, et par le fait d'un événement qui détruit les convenances réciproques (*connubium*);

3° Par le divorce. Il était parlé de cet acte dans les douze Tables, mais on ignore ce qu'elles en disaient (8). On ne sait pas non plus s'il s'appliquait à tous les mariages formés même sans *manus*. La discussion qui s'est élevée sur la question de savoir si le premier divorce a eu lieu déjà pendant la première période, ou s'il ne s'est opéré que fort avant dans la seconde, ne paraît avoir été occasionée que parce qu'on a faussement

interprété un passage relatif à l'introduction de la caution due par le mari pour la restitution de la dot de sa femme (*cautio rei uxoriæ*) (9). Il est une circonstance qui se rattache à l'objet que nous traitons, et qui doit être signalée, parce que nous connaissons un passage des douze Tables qui s'y rapporte, c'est que l'enfant né douze mois après la rupture du mariage était considéré encore comme légitime (10); mais les anciens ne parlent point de cette circonstance à l'article du mariage.

(1) L'addition du mot *justæ* est nécessaire ici; mais c'est à tort que les modernes l'ajoutent dans la formule dont ils font un emploi si fréquent: *Pater est, quem justæ nuptiæ*, etc.

(2) En termes de droit on n'appelle ainsi ni le mariage lui-même ni l'habilité individuelle à contracter un mariage avec qui que ce soit.

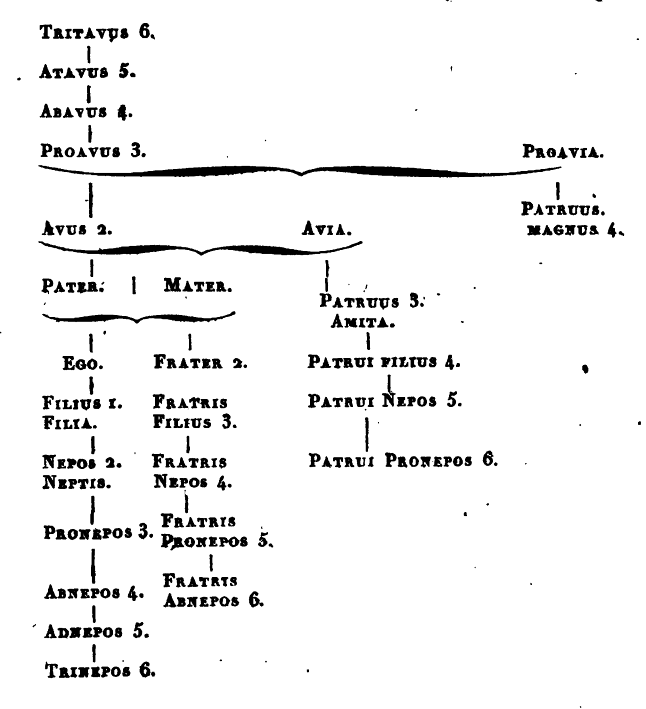
(3) On cite un passage des douze Tables qui ne laisse point de doutes à cet égard (§ 54).

(4) Un sénatus-consulte, qui date de la période suivante, nous fait connaître la nécessité de cette clause. (Liv. 39, 19): Utique Fesceniæ Hispalæ.... gentis enuptio.... esset.... utique ei ingenuo nubere liceret, neu quid ei, qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiæve esset. Nous ignorons néanmoins s'il y avait réellement prohibition du mariage, ou si ces maximes ne furent pas établies plus tard, lorsqu'on n'attachait plus aucune importance à la destruction établie autrefois entre les patriciens et les plébéiens.

(5) C'est là-dessus seulement que se fonde la règle mal interprétée, qui est contenue dans le § 3. Instit. 1, 10.

(6) Tac. *Ann.* 12, 6. *Conjugia.... et sobrinarum diù ignorata.* Ce ne sont bien certainement point là de vraies *sobrinæ*, mais des *consobrinæ*; il est très-vraisemblable qu'un copiste

a omis devant le mot *sobrinæ* la particule *con*, qu'on était alors dans l'usage d'écrire par abréviation. Quoique les anciens ne s'occupassent jamais du calcul des degrés de parenté à l'occasion du mariage et qu'ils ne les exposassent qu'en traitant de la *bonorum possessio;* cependant il est peut être convenable de donner dès à présent une table généalogique, qui a beaucoup de rapport avec celle qu'on a publiée d'après un manuscrit de Cujas; elle ne diffère de celle-ci qu'en ce que les parens collatéraux sont placés au-dessous et non à côté de leurs ancêtres; de sorte aussi que les descendans des trois derniers degrés relatés dans cette table se trouvent au-dessous l'un de l'autre, et non sur la même ligne, ainsi qu'on l'a fait dans l'ancienne table, seulement, sans doute, par défaut d'espace.



(7) Ulp. 5, 2.... *et utrique consentiant, si sui juris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.* Il n'est pas parlé de la puissance de l'époux qui aurait contracté un nouveau mariage.

(8) Ces mots de Cicéron, *causas è XII Tabulis dixit,* ne prouvent rien, lorsqu'on fait attention au dernier membre de la phrase, qui n'exprime qu'une plaisanterie. Mais Cicéron agite ailleurs (*de Orat.*, 1, 40), la question de savoir si le divorce a lieu *certis quibusdam verbis, non novis nuptiis.*

(9) Aulu-Gelle le dit expressément (4, 3), et il cite même son autorité, qui est Servius Sulpicius, *de Dotibus: Tum primùm cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas scripsit, cùm Sp. Carvilius..... divortium cum uxore fecit.* Rien ne prouve que ni cet écrivain, ni vraisemblablement non plus Denys d'Halicarnasse et Valère Maxime aient vu dans ce passage le premier exemple du divorce. L'assertion de Plutarque, quoiqu'un peu moins dénuée de vraisemblance, n'est pas non plus très-probable. Du reste, Montesquieu commet une grande erreur (16, 16) quand il cite l'exemple de Coriolan, pour prouver que le divorce a eu lieu chez les Romains bien avant l'époque qui lui est assignée par les trois auteurs que nous venons de citer; car le mariage de Coriolan fut cassé par la diminution moyenne de tête qu'il avait éprouvée, *media capitis diminutio*, c'est-à-dire par suite de là perte du *connubium*.

(10) Godefroi a inséré dans la quatrième Table ces mots: SI QUI EI IN X MENSIBUS PROXIMIS POSTHUMUS NATUS ESCIT, JUSTUS ESTO, à l'appui desquels il n'avait d'autre preuve qu'un passage d'Aulu-Gelle (3, 16), où il est dit que les Décemvirs avaient adopté le terme de dix mois.

§ LXXII. 2° *Par l'adoption.*

Gaji *Instit.* p. 26.
Ulp. 8. *De Adoptionibus.*
Instit. 1, 11. *De Adoptionibus.*
Dig. 1, 7. *De Adoptionibus* (*et Emancipationibus*, etc).

La puissance paternelle prend naissance aussi par la volonté libre de celui qui devient père (*adoptio;* on appelle aussi *optio*, le choix, lorsqu'il s'agit de choses) (1). Dans ce cas, il peut y avoir:

1° Simple adoption par la dation ou adoption (*in adoptionem dari*,) lorsqu'un homme cesse d'être sous la puissance de tel individu pour passer sous celle d'un autre. A ce cas se rattachaient deux modes d'acquisition, par rapport aux choses, introduits dans la suite, la mancipation (2) et l'*in jure cessio* (3). Cependant chacun de ces deux modes peut paraître seul suffisant, si l'on n'admet pas que la vente répétée trois fois du fils ait été essentielle, et n'ait pu être remplacée par aucune *in jure cessio*, pour rendre le fils indépendant de son père. Ce serait alors là le seul cas d'adoption dont il eût été fait mention dans les douze Tables.

2° Il peut y avoir aussi *arrogation*, c'est-à-dire, acte particulier de la part d'un homme qui avait été jusqu'alors *paterfamilias*, et qui n'avait

pas besoin de tuteur, mais qui consentait à se soumettre volontairement à la puissance d'un autre, soumission autorisée dans l'assemblée même du peuple. Mais cependant, bientôt, et peut-être même déjà dans le temps dont nous parlons, l'obligation de porter cette affaire devant le peuple devint une simple formalité. Pourvu seulement que les pontifes n'eussent aucune objection à faire sur les choses sacrées (*sacra* et *sacrorum detestatio*), et qu'un magistrat présidât à l'opération, trente licteurs prononçaient l'adoption au nom des trente Curies, sans que celles-ci en fussent même informées. Les enfans de celui qui tombait ainsi sous la puissance paternelle, perdaient beaucoup plus au changement dans ce cas que dans le précédent.

C'est une grande question que celle de décider si l'adoption était fréquente à Rome. Nous devons à l'insouciance de l'Empereur Claude de savoir qu'il n'y en avait jamais eu dans sa maison, quoique cependant fort ancienne, mais aussi l'une des plus orgueilleuses de Rome,

(1) On ajoutait au nom de la famille dans laquelle on entrait par adoption, et qu'on était obligé de prendre (§ 70), celui qu'on portait depuis sa naissance, en lui donnant cette terminaison en *ianus*, qu'on rencontre si souvent par la suite. Nous citerons pour exemple *Scipio Æmilianus*. C'est ainsi que, chez nous, en parlant d'une femme mariée, on a soin de rappeler le nom qu'elle portait avant son mariage, et qu'elle

avait conservé depuis sa naissance jusqu'à cette époque.

(2) Suet. *in Aug.* 64. *Cajum et Lucium adoptavit domi per assem et libram emptos à patre Agrippâ.* Il n'est nullement parlé ici d'une *in jure cessio.*

(3) Gell. 5, 19. *Adoptantur autem, cùm à parente in cujus potestate sunt, tertiâ mancipione in jure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur.* Gajus (26, 10 et suiv.) et Ulpien (8, 3.) ne parlent point, dans ce cas, de la mancipation.

§ LXXIII. 1° *Autres sources de la puissance paternelle.*

On peut encore ranger ici le cas ou quelqu'un reçoit, avec le droit de cité, la puissance paternelle sur des enfans qui avaient été procréés avant cette époque. On peut même, jusqu'à un certain point, y rapporter celui où un *filiusfamilias*, ayant des enfans, devient, par la mort de son père, habile à exercer la puissance paternelle, dont il prend alors réellement la jouissance. Enfin nous classerons également ici d'abord la récupération de cette puissance après qu'elle avait été aliénée d'une manière incomplète, et en dernier lieu le *postliminium*, qui rend au père ou au fils l'habileté d'exercer cette puissance ou d'y être soumis. Mais il s'écoula encore bien du temps avant qu'il fût question de ce qu'on nommait à Rome *causæ probatio*, ni même de ce que nous appelons *légitimation*.

§ LXXIV. II. Manus.

Gaji *Instit.* p. 28, 30.
Ulp. 9. *De his qui* (peut-être *quæ*) *in manu sunt.*

La seconde espèce de dépendance est la *manus* proprement dite, ce que les modernes appellent *potestas maritalis*, et Servius *nexus maritalis*. Elle n'est applicable qu'à la femme qui *viro in manum convenit*, ou qui *in manu est viri*, celle que Cicéron (1) nomme *materfamilias* dans ce sens, et qui porte bien plus fréquemment, chez les modernes, le nom d'*uxor in manum conventa* (2). Si le mari est soumis à la puissance paternelle, la bru tombe dans la *manus* de son beau-père. Gajus rapporte expressément les trois manières d'après lesquelles la femme tombait sous cette dépendance. On connaissait déjà, il est vrai, d'après Cicéron et Ulpien, ces manières qui, dans les anciens commentaires sur Virgile, se confondaient (3), sinon en tout point, du moins quant à l'ordre de succession, avec celles d'après lesquelles une femme peut *in manum convenire*.

Ces manières sont :

1° L'usage (*usus*) ou la possession matrimoniale de la femme pendant un an, comme pour les autres choses mobiliaires. Cette manière paraît avoir été très-fréquemment la source de la *manus*, puisque cette dernière avait lieu, dans tout ma-

riage quelconque, lorsqu'un des deux époux n'avait pas soin que la femme s'éloignât (*usurpatum iret*) au moins pendant trois nuits de suite (*trinoctium*), afin que le mariage restât sans *in manum convenire* (4). On s'est trompé bien étrangement quand on a cru que le mariage s'effectuait par l'usage, sans que la femme se trouvât *in manum mariti.*

2° La confarréation (*confarreatio*), c'est-à-dire la consécration par des cérémonies religieuses, pendant lesquelles on mangeait, en présence de dix témoins, un gâteau de farine de froment (*farreum*). Ces mariages consacrés avaient pour but de rendre les enfans habiles à remplir certaines fonctions sacerdotales, et il peut très-bien se faire que la formalité de la confarréation n'ait été en usage que parmi les Patriciens. Mais il ne faut pas croire pour cela que l'*usage* (*usus*) ait été le seul mode dont les Plébéiens fissent usage.

3° La coemption (*coemptio*), ou l'achat qui se faisait sans doute par une mancipation, et à laquelle se rapporte aussi le *nexus maritalis* dans Servius. Les Commentaires sur Virgile disent bien que la femme achetait aussi le mari; mais c'est par une interprétation des deux premières lettres du mot *coemptio*, qui n'est guère plus vraisemblable que les faits d'où l'on a voulu conclure que la femme se vendait. Ce fut seulement dans le cours de la seconde période que cette coemption, et le mot

coemptionator (5), déjà considéré comme suspect avant la découverte du manuscrit de Gajus, ont été appliqués aussi à d'autres cas (*alterius rei causa*), c'est-à-dire à la tutelle.

(1) *Top.* 3.

(2) Il est difficile de concevoir qu'une faute aussi grossière que celle qu'on commet en traduisant *uxor conventa* par *la femme qui est venue*, puisse devenir chaque jour de plus en plus commune. Évidemment ces deux mots, pris à la lettre, voudraient dire tout au plus, *la femme qui poursuit en justice*, ou *la femme à qui l'on a rendu visite*.

(3) Les mots que Pithou cite dans Schulting (p. 790) se trouvent dans les Géorgiques (1, 31), et dans l'Énéide (4, 103 et 373).

(4) Gell. 3, 2. *Q. quoque Mucium jurisconsultum dicere solitum legi* (ou *lege*, ou bien tous les deux), *non esse usurpatam* (ou *isse usurpatum*) *mulierem, quæ Kal. Jan. apud virum causâ matrimonii esse cœpisset, et ante diem quartum Kal. Jan. sequentis usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse à viro usurpandi causâ ex XII Tabulis deberet, quoniam tertiæ noctis posteriores sex horæ alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.* Les modernes avaient négligé ce passage dans leurs recherches sur la manière de calculer l'usucapion, jusqu'à l'époque où M. le professeur Erb en fit connaître l'importance (*Civilistisches Magazin*, tom. V, p. 213).

(5) *Civilistisches Magazin*, tom. IV, p. 399. Le mot *coemptionator* a cela de commun avec *auctionari* et *sarcinator*, qu'il offre l'exemple d'un verbe dérivé du substantif d'un autre verbe.

§ LXXV. Mancipium.

Gaji *Instit.* p. 30, 33.

Un individu, qu'il fût Romain ou Romaine, pouvait encore tomber dans la dépendance d'un autre, d'une troisième manière, c'est-à-dire par *mancipium*. Le *mancipium* exigeait que l'individu fût vendu solennellement dans les formes dont nous ne parlerons qu'à l'article de la propriété, quoique Gajus les expose déjà ici, mais sans être toutefois vendu de manière à devenir le fils, la fille ou la femme de l'acheteur. Nous ignorons si cette troisième manière se présentait fréquemment à Rome, et surtout dans le cours de la première période.

§ LXXVI. *Fin de* Potestas, Manus *et* Mancipium.

Gaji *Instit.* p. 33.
Ulp. 10. *Qui in potestate mancipiove sunt, quemadmodùm ex jure liberentur.*
Instit. 1, 12. *Quibus modis jus potestatis solvitur.*

Après avoir passé en revue les trois manières dont on peut tomber sous la puissance d'un autre, les anciens traitaient de la fin de ce droit, quoiqu'ils ne s'occupassent, à proprement parler, que de celle de la puissance paternelle. L'autorité sur les enfans cesse 1° par la mort du père; mais les petits-fils tombent sous la puissance du fils, lorsque celui-ci devient *sui juris;* 2° par une di-

minution de tête (*capitis diminutio*), éprouvée par l'un des deux, toutefois en ayant égard à la possibilité du *postliminium*; 3° par la dignité de Flamine qu'obtient le fils, ou par celle de Vestale à laquelle parvient la fille; 4° par une vente solennelle, suivie d'affranchissement, actes successifs, mais dans la suite, désignés tous les deux sous le nom collectif d'*émancipation*. Quant à cette vente, un passage des douze Tables (1), qui, bien que très-connu (§ X, not. 2), présente encore de grandes difficultés, annonce que pour le fils elle devait se renouveler trois fois. Au surplus il ne faut pas croire que cette vente ne fut qu'une vaine formalité; le contraire nous semble démontré et par la marche naturelle du droit et par l'intervalle souvent très-considérable qui s'écoulait entre une aliénation et l'autre (2). Enfin 5° la puissance paternelle cessait par l'abandon des enfans en réparation du dommage par eux causé, (*noxæ datio*) mode d'extinction d'une date bien postérieure aux quatre premiers. Nous voyons clairement que le père ne pouvait pas émanciper son fils sur-le-champ, et qu'il n'en avait le droit qu'après l'avoir reçu des mains de l'acheteur, ce qui entraînait beaucoup de longueurs, et faisait acquérir aussi certains droits de patronage soit à l'acheteur qui avait émancipé lui-même, soit au tiers auquel il avait vendu le fils d'un autre et qui l'avait ensuite émancipé (3).

Il fallait en outre, pour qu'on n'eût pas recours à cet expédient plutôt qu'à la manumission par la vindicte (*vindictâ manumittere*) (§ 63), que le père n'eût pas un droit de *vindicatio* qu'il pût exercer en vertu de la seule autorité personnelle.

Au surplus, l'autorité paternelle ne cessait ni par l'âge, ni par le mariage, ni par le rang ou la dignité de celui qui était soumis à cette puissance.

Il n'est rien dit de la fin de la *manus*. Ulpien n'en parle même pas dans le titre, où il annonce cependant celle du *mancipium*. On trouve le terme de *diffareatio* dans un ancien monument (4).

(1) Le passage des douze Tables : SI PATER FILIUM TER VENUMDAVIT (c'est ainsi qu'on lit dans le manuscrit, et non pas DUIT); FILIUS A PATRE LIBER EST (le manuscrit porte EST et non ESTO, leçon en faveur de laquelle militent bien des circonstances), ce passage, disons-nous, rapporté par Ulpien (10, 1), ne veut pas dire que le fils devient son propre maître, ce qui ne serait point exact, mais seulement que le père n'a plus aucun droit sur lui. Le fils avait encore besoin de la manumission pour devenir maître de lui-même (*sui juris.*)

(2) Dans la *Leg. Mos. Coll.*, 16, 2, il est parlé expressément du cas où le fils *ex primâ secundâve mancipatione post mortem patris manumittitur*. Ainsi ce passage d'Ulpien (23, 3): *adgnoscitur suus heres..... manumissione, id est, si filius ex primâ secundâve mancipatione manumissus, reversus sit in patris potestatem*, ne doit pas s'entendre de toute émancipation, même lorsqu'elle est continuée chez le même individu.

(3) Ces droits paraissent avoir été assez considérables, si l'on en juge par le soin que prenait le père naturel et non adoptif d'affranchir lui-même son fils, et par les dispositions auxquelles on fut obligé d'avoir recours dans la suite pour diminuer ces droits dans la personne de l'étranger qui avait donné l'affranchissement.

(4) Dans *Muratori*, pag. 1024, n. 4.

§ LXXVII. *Le rapport des Agnats considéré comme suite de la puissance paternelle et de la* MANUS.

L'autorité exercée sur les hommes libres, excepté celle produite par le *mancipium*, produit souvent une suite qui a de l'analogie avec le patronat, en ce qu'elle ne se présente que quand celui-ci ne peut point avoir lieu. Ce qui annonce d'ailleurs l'analogie dont nous parlons, c'est que les Romains ne s'occupent pas en particulier de cette suite, et n'en traitent qu'incidentellement à l'occasion de la tutelle (1). Cette suite ne consiste pas dans un rapport avec l'individu qui était autrefois ou *parens* ou *vir;* mais c'est le rapport des agnats entre eux. Il est à remarquer ici qu'aucun de ceux-ci n'était encore désigné par le nom particulier de *consanguin* dans les douze Tables (2), peut-être par la même raison que, dans cette loi, les patrons étaient encore tous appelés *gentiles* (§ LXX). Ce rapport est la *famille* dans un certain sens (§ LXVII); c'est peut-être aussi la *souche* (*stirps*) (3). Les agnats sont ceux qui

seraient ou sous la puissance paternelle, comme les enfans, ou *in manus*, comme l'épouse, d'un individu, si celui-ci existait encore (4); mais du reste il n'importe pas qu'ils eussent ou non été soumis réellement à son autorité. Néanmoins il faut, comme condition essentielle, que la mort seule ait pu empêcher qu'ils ne fussent en sa puissance ou en sa main. Au surplus, si le fils perdait tous ses droits de famille vis-à-vis de ses agnats, ce n'était donc pas uniquement par ce passage en la puissance ou dans la main d'un autre, c'est-à-dire dans une autre *agnatio*, puisqu'on ne pouvait jamais être en même temps agnat de deux familles différentes; ce n'était point non plus seulement par la résiliation de la puissance ou de la main de l'homme de son vivant, résiliation qui doit être considérée comme une séparation; il les perdait uniquement par la cessation de la puissance paternelle, du vivant même du père, cessation faite dans le but que le fils pût jouir sur-le-champ de son indépendance. Nous venons de dire qu'il perdait tous les droits de famille envers ses agnats; ces derniers par réciprocité perdaient également les leurs envers lui; il leur était en effet tout-à-fait indifférent qu'il devînt son propre maître du vivant ou seulement après la mort de son père; et même, si l'on veut considérer cette cessation comme un châtiment imposé au fils, ils souffraient alors tout autant de n'avoir plus de droits

d'agnation par rapport à lui, qu'il souffrait lui-même de n'avoir plus de droits par rapport à son père. A la vérité les Patriciens, comme chefs de maison, n'étaient pas dans le même cas; ils gagnaient ce que les agnats perdaient, de manière qu'il n'est pas improbable que ce furent eux qui introduisirent cette doctrine rigoureuse.

(1) Ulp. 11, 4.
Inst. 1, 15. *De legitimâ agnatorum tutelâ.*

(2) *Leg. Mos. Coll.*, 16, 3. *Consanguineos lex non adprehenderet* (*adprehenderet* convient évidemment mieux que *comprehenderet*).

(3) D'après le droit des siècles suivans, nous ne connaissons plus que la division de l'héritage en souches (*stirpes*); mais un passage du traité de l'*Orateur*, où Cicéron parle des Marcellus et des Patriciens de la famille Claudia qui voulaient hériter du fils d'un affranchi, les uns en vertu de *stirpe*, et les autres en vertu de *gente*, ce passage disons-nous, est du grand nombre de ceux dans lesquels le mot *stirps* a précisément la même signification que celui de *ligne* en français.

(4) La définition qu'Ulpien (11, 4) donne des mots: *a patre cognati, virilis sexûs, per virilem sexum descendentes, ejusdem familiæ*, se trouve d'une manière frappante en opposition avec la manière dont Cicéron définit (§ 69, note 3,) le terme de *gentiles*. De même qu'une femme pouvait être *agnata*, de même aussi un affranchi et ses descendans pouvaient être *gentiles*; mais une *agnata* ne pouvait pas exercer le droit à l'occasion duquel Ulpien donne sa définition, et un affranchi ne jouissait pas des droits accordés aux *gentiles* par la loi des douze Tables. Gajus ni les Institutes ne considèrent point le sexe masculin comme condition nécessaire

pour acquérir la qualité d'agnat; ce sexe n'est requis que pour les personnes intermédiaires, et même, en ce dernier cas, ce n'est que par une erreur que Théophile n'a pas su non plus éviter. Il est vrai cependant que tous les exemples rapportés sont tirés de personnes du sexe masculin.

C. TUTELLE ET CURATELLE.

GAJI I. *Instit.*, pag. 40, 54.
ULP. 11. *De tutelis.* 12. *De curatoribus.*
INSTIT. 1, 13. 26.
DIG. 26 et 27.

§ LXXVIII. *Réflexions générales.*

La troisième des grandes divisions des personnes, chez les Romains, est celle qui a lieu entre les hommes soumis à la tutelle ou à la curatelle (*tutela* et *cura* ou *curatio*, mais non *curatela*), et ceux qui ne sont soumis à aucune de ces deux puissances, division particulière qui n'est nullement à sa place dans la *capitis diminutio*, quoique précisément ils ne s'en occupassent qu'en traitant de cette dernière. Ces deux rapports ont de l'analogie l'un avec l'autre, mais il n'existe pas, dans le droit romain, de nom commun qui les embrasse tous les deux. Ils se rattachent à la distinction établie entre les hommes qui sont *sui juris* et ceux qui sont *alieno juri subjecti*; ceci se prouve parce qu'il n'y a que celui qui exerce des droits pour lui-même qui puisse être soumis de cette manière à un autre, et en-

suite parce qu'un ancien jurisconsulte se sert du mot *potestas* (1) en parlant de la tutelle. Cependant la tutelle et la curatelle diffèrent beaucoup de la puissance ordinaire, en ce que c'est seulement l'*exercice* des droits et non pas *le droit* même du subordonné qui est remis au supérieur. Il peut aussi y avoir plusieurs supérieurs à la fois, ce qui ne peut exister à l'égard d'un homme libre *alieno juri subjectus*.

(1) § 1. *Inst.* 1, 13. *Est autem tutela, ut Servius definivit, vis* (ou *jus*) *ac potestas in capite libero* (*Civilistiches Magazin*, tom. IV, pag. 8). Les paroles de Tite-Live (34, 2): *Majores nostri..... feminas.... voluerant in manu esse parentum, fratrum, virorum*, ne sont pas aussi concluantes.

§ LXXIX. *Idée de la Tutelle.*

Ce qui caractérise la tutelle, c'est qu'elle est le seul acte dans lequel il puisse y avoir une *autorité* (*auctoritas*), c'est-à-dire cette déclaration verbale du tuteur : EGO IN HANC REM AUCTOR FIO (1), quoique toutefois elle n'ait pas lieu dans tous les cas : en outre, c'est la tutelle seule qui a de la ressemblance avec l'hérédité, quoique les anciens traitassent de l'une et de l'autre dans des endroits bien différens.

Les individus placés sous la tutelle sont ou les impubères, sans distinction de sexe, qu'on appelle alors *pupilles* (*pupilli*), ou des femmes Romaines; quelques auteurs supposent que la tutelle

peut avoir lieu à l'égard de ces dernières, puisqu'en les désignant spécialement ils ajoutent qu'ils parlent aussi de celles qui ont passé l'âge de puberté (2). *L'autorité* a également lieu dans les deux cas, avec cette différence cependant qu'elle n'est nécessaire, pour les femmes, que dans certains actes fort importans; tandis que quant au pupille, toutes les fois qu'il n'est pas en état de parler distinctement, c'est-à-dire lorsqu'il est encore *enfant* (*infans*), c'est au tuteur seul à prendre soin de toutes ses affaires (*negotia gerere*); ce qui n'a jamais lieu pour une femme romaine qui n'est point impubère.

(1) Voyez le Mémoire de M. de Loehr, dans Grolman. C'est ainsi qu'il faut entendre ces mots : *Tutor personæ datur*.

(2) Cette tutelle est une des parties les moins connues du droit romain. (*Voyez* ci-dessus § 10, note 2.), tellement que Gebauer, par exemple, n'en dit pas un mot dans sa vingt-sixième dissertation, où il examine cependant l'un après l'autre tous les mots dont se compose la définition rapportée plus haut (§ 78, note 1).

§ LXXX. *Origine de la Tutelle.*

INST. I. 14. *Qui testamento tutores dari possunt.* — 15. *De legitimâ adgnatorum tutelâ.* — 17. *De legitimâ patronorum tutelâ.* — 18. *De legitimâ parentum tutelâ.* — 19. *De fiduciariâ tutelâ.*

Il n'est pas seulement important de connaître l'origine de la tutelle, pour apprendre qui est tuteur, mais encore parce qu'elle indique les rap-

ports mutuels de plusieurs tuteurs, et les différentes manières d'y mettre un terme. On devient tuteur (*tutor*) :

1° Par le testament de celui sous la puissance paternelle ou en la main duquel s'était trouvée, jusqu'à ce moment, la personne qui a besoin qu'on prenne sa défense (*testamento datus tutor, testamentarius* ou *dativus tutor*), par Conséquent par acte fait devant le peuple, dans les comices, ou avant de partir pour l'armée (1). Si plusieurs tuteurs ont été désignés, l'acceptation d'un seul d'entre eux suffit. Chaque tuteur peut abdiquer (*abdicare*). On peut donc dire que, sous ces deux rapports, le tuteur désigné par testament a quelque analogie avec un magistrat nommé par le peuple.

2° Par l'effet d'un des rapports qui existent partout entre les hommes, et qui, à l'époque dont nous parlons, sont appliqués, dans les douze Tables, à la tutelle directement, ou par analogie avec ce qui se passe dans l'hérédité (*legitima tutela*), savoir : I. L'agnation (2). II. Le patronat. III. Le droit qui subsiste sur ce qu'on a affranchi après qu'il est sorti de dessous l'autorité paternelle (*per similitudinem patroni*), cas pour lequel on trouve le terme de *fiduciarius tutor* employé par les auteurs (3). IV. Enfin vraisemblablement la *gentilitas* (4). S'il se trouve plusieurs de ces tuteurs à la fois, il suffit qu'un seul d'entre eux accepte.

Chacun d'eux peut transmettre son droit à un autre par *in jure cessio*. On ignore pourquoi cette tutelle fut restreinte par la suite au seul cas où il s'agissait de l'exercer sur une femme romaine.

3° Par la désignation du magistrat. A la vérité cette espèce de tutelle fut déterminée avec plus de précision par les Plébiscites, dans la période suivante; mais il n'est pas moins certain que ce ne fut pas seulement à cette dernière époque qu'on songea pour la première fois à l'introduire; car pour admettre dans cette hypothèse il faudrait admettre aussi que, durant les premiers siècles de Rome, on ne manquait jamais de *gentiles* pour être tuteurs, ou bien qu'on accordait la tutelle de celui qui n'avait point de tuteur au premier qui offrait de s'en charger. Sous le rapport de son origine, cette tutelle a également de l'analogie avec l'hérédité légitime. Ajoutons au surplus que l'intervention de l'autorité n'était point nécessaire dans les deux premières manières dont la tutelle peut naître.

(1) Il est parlé formellement de la tutelle dans les douze Tables, à l'occasion de l'*uti legassit*.

(2) Ulpien dit (11, 3) que celle-là était la seule dont parlassent les douze Tables, et que celle des patrons était admise *per consequentiam*. Par conséquent, la restitution que Godefroy place dans la cinquième table (*si paterfamilias intestato moritur, cui impubes suus hæres escit, agnatus proximus tutelam nancitor*), se trouve fausse, puisqu'il y avait aussi une autre tutelle de la même nature qui s'exerçait

sur les femmes romaines. C'est à cette occasion qu'Ulpien traite de l'agnation, comme le font aussi les Institutes. (*Voy.* ci-dessus § 77.). Il ne dit rien de la proximité du degré, dont les Pandectes parlent cependant d'une manière expresse. Il place même l'oncle paternel avant le frère lui-même, peut-être parce que, quand l'impubère avait un frère, on se trouvait fort souvent dans le cas d'avoir à déterminer qui devait être le tuteur de tous les deux. Au reste, Gajus (pag. 43), Ulpien (11, 10, 13) et les Institutes intercalent ici tout ce qui a rapport à *la diminution de tête*, matière dont on a beaucoup trop abusé lorsqu'on a voulu déterminer l'idée que les Romains attachaient au mot *status*.

(3) Ulpien emploie ce nom (11, 5), qui dans les Institutes n'est donné qu'aux enfans de celui qui a opéré lui-même la manumission de son fils ou de sa fille. (*Civilistisches Magazin*, tom. VI, pag. 399.) Il faut ajouter que suivant Gajus (pag. 47) plusieurs jurisconsultes pensaient que la tutelle fiduciaire (*fiduciaria tutela*) n'était pas susceptible d'être cédée; mais il déclare que la tutelle du père n'est pas dans ce cas, attendu qu'il la classe dans la tutelle légitime (*tutela legitima.*)

(4) Cette supposition repose sur l'analogie qui existe entre la tutelle, la curatelle et l'hérédité (§ 82). Il est vrai que l'autorité (*auctoritas*) de tous les membres de la maison-souche aurait été souvent une chose fort longue à obtenir, mais l'administration se faisait par eux tous en commun dans la curatelle, et ils pouvaient fort bien se débarrasser de la tutelle par l'*in jure cessio*.

§ LXXXI. *Fin de la Tutelle.*

INSTIT. I, 22. *Quibus modis tutela finitur.* — 26. *De suspectis tutoribus vel curatoribus.*

La tutelle cesse:

1° Par la mort d'une des deux parties; cepen-

dant il arrive souvent que les fils du tuteur légitime qui vient de décéder prennent sa place;

2° Par la grande et la moyenne diminution de tête d'une des deux parties;

3° Par la petite diminution de tête (*minima capitis diminutio*) du tuteur légitime ou du tuteur datif; cependant, en ce cas il ne peut encore y avoir qu'une *in manus conventio*, puisqu'il est impossible qu'une personne impubère ou qu'une femme soit complétement libérée;

4° Par la puberté du pupille mâle; ce qui dépend uniquement du développement plus ou moins rapide de l'individu, développement à raison duquel il prend la toge civile;

5° Par abdication, quand elle a lieu; ou par cession, quand elle est licite;

6° Enfin par déposition du tuteur. Tout Romain pouvait exiger qu'un tuteur fût déposé, pourvu qu'on allégât en même temps des motifs suffisans pour le rendre suspect (*suspecti crimen, suspectus tutor*).

§ LXXXII. Cura.

Ulp. 12, *de Curatoribus.*
Instit. 1, 23, *de Curatoribus.*

Pendant cette période on donnait des curateurs à un furieux (*furiosus*), peut-être même en nommait-on déjà à un fou; mais ce qui est certain, c'est qu'on en donnait à un prodigue (*pro-*

digus, cui bonis interdictum est). Le rapprochement purement accidentel qui avait été établi, dans les douze Tables, entre ces différens cas, fut sans doute la seule et unique cause pour laquelle on n'appelât d'abord *prodigues* que ceux qui avait hérité de leur père, et sans testament (1). C'était à cette définition que la formule d'interdiction (2) faisait allusion, alors même qu'on l'appliquait aux affranchis et aux individus qui avaient hérité de leur père en vertu d'un testament. Il n'est pas encore question à cette époque de l'âge jusques auquel on peut être soumis à la curatelle; cet âge fut depuis assigné à vingt-cinq ans (*minor* ou *major XXV annis*).

On peut devenir curateur par suite d'agnation, de gentilité, ou même par ordre du magistrat, mais jamais par testament.

La fin de la curatelle se règle presque entièrement d'après les mêmes principes que celle de la tutelle.

(1) Le passage des douze Tables, tel qu'on le lit dans la version rétablie du texte de cette loi, n'explique point pourquoi c'est seulement à l'occasion du prodigue qu'Ulpien distingue (12, 3) si l'hérédité a eu lieu *ab intestat*, tandis qu'il garde le silence sur cette particularité, en parlant du furieux. Si cette version était exacte, il faudrait qu'on eût fait aussi la même distinction à l'égard des pupilles. Nous savons seulement qu'il y avait dans les douze Tables : *Si furiosus esse incipit*, parce que Cicéron cite ces paroles. (*Tusc. Qu.* 3, 5). Nous savons aussi, par les *Epistolæ ad Herenn.* et par Ho-

race, que les agnats et les *gentiles* étaient nommés en cette circonstance. C'est vraisemblablement à cela que fait allusion le passage de Gajus (*Fr.* 53, *D.* 50, 16), quoiqu'il y soit dit seulement, bien quoiqu'on lise dans les anciens, *agnatorum gentiliumque*, il faut entendre par ces mots deux choses bien distinctes.

(2) Paul. 3, 4. A. § 7. Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re (ou ære) commercioque interdico.

II. DES CHOSES.

Gaji *Instit.* p. 55, 151, et dans celui des Wisigoths, 2, 1. *De rebus*, ce qui, dans Justinien, est un terme technique employé pour désigner autre chose.

Ulp. 19, *de Dominiis et adquisitionibus rerum.*

Instit. 2, 1. *De rerum divisione* (avec addition des mots *et adquirendo ipsarum dominio*; ou de ceux-ci: *et qualitate*).

Dig. 1, 8, *de Rerum divisione et qualitate.*

§ LXXXIII. *Des choses* in commercio, *et de celles qui n'y sont pas.*

Les douze Tables gardent un profond silence sur la question de savoir si une chose est apte à devenir la propriété d'un particulier (*in commercio*), ou si elle ne l'est pas (*extra commercium*). Cependant cette question avait déjà dû se présenter, et certainement l'on n'avait pas pu la résoudre, quant au fond, d'une autre manière qu'on le fit dans la suite, sans nul égard aux changemens que l'avenir pourrait amener. Il im-

porte de faire remarquer, à cette occasion, qu'un homme libre n'est point considéré comme une *chose*, même en tant qu'il peut tomber dans l'esclavage. D'un autre côté, il y a des choses qu'on excepte, parce qu'elles sont de droit divin (*divini juris*): telles sont celles qui ont été consacrées publiquement (*res sacræ*), les emplacemens destinés à la sépulture des hommes, même à celle des esclaves, en ce sens au moins qu'après cet usage on ne peut les faire servir à aucun autre (*res religiosæ*) (1), enfin, jusqu'à un certain point, les choses qui, par des motifs particuliers, sont inviolables et garanties (*res sanctæ*). Quant aux autres choses (*res humani juris*), il y en a encore parmi elles qui n'appartiennent à aucun particulier (*res publicæ*, dans le sens le plus étendu du mot), soit parce que nul homme, même souvent pour des causes physiques, ne peut empêcher les autres de s'en servir (*communia omnium sunt*), soit parce qu'en vertu de leur destination, et non par un effet du hasard, elles appartiennent au peuple Romain tout entier (*res publicæ*, dans l'acception limitée du mot), soit enfin, et ce cas se rencontra au moins plus tard (§ LXVI), parce qu'elles appartiennent à une autre corporation (*universitatis sunt*). On ne soupçonnait même pas qu'il fût possible que ces choses cessassent jamais d'être susceptibles d'appartenir à des particuliers.

(1) La racine du mot *religio* est indubitablement la même que celle du mot *obligatio*.

§ LXXXIV. *Choses corporelles, mobiliaires et immobiliaires.*

Instit. 2, 2. *De rebus corporalibus.*

Si toutes les choses autres que celles-là ne se trouvent pas comprises dans la propriété particulière, elles sont au moins susceptibles d'y entrer. On peut les partager en corporelles et incorporelles; cependant cette division, qui devint d'un usage commun dans la suite (1), est plus exacte en thèse générale que dans le cas particulier dont il est question ici, où il s'agit d'envisager les choses par opposition tant aux personnes qu'aux obligations. Le droit romain diffère de beaucoup d'autres, sous le rapport des choses corporelles, en ce qu'il n'établit presque aucune différence entre les immeubles et les meubles (§ XXXVI) (2). Le mot *fundus* est le seul, dans les douze Tables, qui ait rapport aux choses immobiliaires. On n'y rencontre point encore le mot *prædium* qui a bien plus de rapport aux contrats et aux sûretés qu'on doit donner en pareil cas. Elles se taisent absolument sur les choses mobiliaires.

(1) *Civilistiches Magazin*, tom. IV, p. 43.

(2) Je ne crois pas que cette remarque ait été faite par

aucun des auteurs qui ont écrit, en Allemagne, sur le droit romain, quoiqu'il soit très-facile d'y arriver en prenant le droit allemand pour point de départ. La différence entre la fortune personnelle (*real fortune*) et la fortune réelle (*personal fortune*) est peut-être plus marquée encore dans une des ramifications du droit allemand, je veux dire dans le droit anglais. Il était donc presque inévitable, pour un écrivain peu instruit, de supposer également cette différence chez les Romains, comme l'a fait Home (*Civilistiches Magazin*, tom. II, p. 123), de même aussi qu'il n'était pas possible qu'un auteur mieux informé ne sentît pas la nécessité de poser en principe que le droit romain offrait quelque chose de particulier sous ce rapport. Gibbon se trouve dans ce dernier cas, et Williams Jones était tombé dans la même faute, avant lui, en disant que les Romains ne faisaient point de différence dans la succession.

Il n'est dit nulle part qu'un particulier, propriétaire d'un fonds, fût, dans la règle, obligé de permettre le pacage et le pâturage sur sa terre, ni que les propriétés foncières (§ XXXVI) fussent soumises à des droits seigneuriaux qui en limitassent l'aliénation.

§ LXXXV. *Choses incorporelles. Servitudes.*

La classe des choses incorporelles comprend à la vérité tous les droits incorporels, tels que les contrats et obligations; elle comprend même, au fond, la propriété d'une chose corporelle quelconque qu'on oppose à celles-là, puis ensuite toutes les autres, dans quelque partie du droit civil qu'elles soient rangées; mais précisément parce qu'on étudiait encore ces parties en même temps qu'on passait en revue celle dont nous nous

occupons, c'est-à-dire, celle qui a spécialement rapport aux choses. On ne traitait ici que de ce qui concerne les droits sur des choses en la possession d'autrui, droits qu'on appelait *jura in re*, ou simplement *jura*, à peu près comme nous nous contentons, en français, de les appeler *droits*. Quand il est question de choses incorporelles, le terme de *servitude* (*servitus*) se rattache à la première différence admise entre les hommes eux-mêmes, et celui de *dette* (*deberi*) à l'obligation (*obligatio*). Mais l'existence de pareils droits, à cette époque, est fort douteuse, pour ce qui concerne l'usufruit (*usu* (*et*) *fructus*), et même en ce qui a rapport aux servitudes réelles (*jura prædiorum*). Dans celle-ci le mot *prædium* annonce déjà un droit plus moderne, quoique d'un côté l'origine moins ancienne de ces droits, par rapport à l'usufruit, ait peut-être influé aussi sur la place respective que les deux doctrines occupent dans les Institutes, et que d'autre part on ne soit pas même parfaitement d'accord, en ce qui concerne les routes (*via*), sur ce qu'on doit penser de la largeur que les douze Tables leur assignaient.

(1) Varron (*de L. L.* 6, 2.) se contente de dire, à l'occasion du cul-de-sac (*anfractum*) : *leges jubent* (*viam*) *in directo peduum octo esse, in infracto sexdecim*. Dans le *Fr.* 8. *D.* 8, 5. Gajus (*ad Ed. prov.*) invoque expressément l'autorité des douze Tables, par rapport à cette largeur, qui, dans plusieurs endroits, porte l'épithète de *legitime*. Mais il

serait très-possible que ce passage s'appliquât à d'autres chemins, de même qu'un autre passage où il est fait mention du droit de conduire les bêtes de somme à travers champs, lorsque le temps est mauvais, que Cicéron rapporte (*pro Cæcinâ*, 19) comme exemple d'une hypothèse qui exige qu'on s'aide des lumières de la raison pour la bien dconcevoir, et duquel on peut rapprocher l'article *amségetes* (bordier, riverain) de Festus.

§ LXXXVI. *Propriété, à proprement parler, Romaine.*

Il est une doctrine fort importante, dont les jurisconsultes, contemporains de Justinien, ne font plus mention lorsqu'ils traitent des choses, et dont cet empereur a même pris soin d'effacer les dernières traces, à peine reconnaissables, qui s'en étaient conservées dans l'affranchissement; ce qui fait que les modernes ont contracté l'habitude de la négliger entièrement (§ X, note 2). Cette doctrine est celle de la propriété à l'occasion de laquelle les Romains ont employé de fort bonne heure la formule EX JURE QUIRITIUM, formule, à la vérité, qui n'était point encore consignée dans les douze Tables, et dont Gajus et Ulpien emploient l'abréviation EX JUR QU. (*meum* ou *alicujus* ou *habere*) (1), comme ne formant qu'un seul mot. Il est possible que les Romains rattachassent aussi à cette doctrine le terme de *mancipium*, pris pour signifier le droit (2), et celui de *dominus*, dans le sens précisément que

j'y ai attaché plus haut (§ LXVIII), en disant, pour spécifier mieux encore la chose, *dominus legitimus* (3), ou comme on s'exprima durant la troisième période *dominium* (4), ou enfin comme on lit dans Théophile (1, 5, § 4), ἔννομος δεσποτεία ou δεσποτεία *jure Quiritario*, locution d'après laquelle les modernes ont introduit celle de droit Quiritaire (5). Nous pouvons juger du caractère général de cette propriété d'après la formule (*hunc*) *ex jure Quiritium meum esse ajo* (6). Ce caractère consistait surtout dans la possibilité de revendiquer la propriété entre les mains de tout possesseur, même de bonne foi, sans que le propriétaire fût obligé de donner aucun dédommagement à celui-ci. Les Romains reconnurent bien mieux que ne le font les modernes, que ce droit n'existe pas chez toutes les nations. La propriété *ex jure Quiritium* avait encore une importance toute particulière par rapport aux esclaves (7), car elle était nécessaire pour que l'affranchissement eût un plein effet : aussi continuait-elle de demeurer encore entre les mains du maître longtemps après l'affranchissement, lorsque cet affranchissement n'avait pas eu lieu d'une manière complète (8). C'est là ce qui fait qu'on rencontre à la fois les traces les plus anciennes et les plus récentes de cette doctrine à l'occasion de la servitude, et que, dans l'intervalle des deux époques, c'est presque toujours cet exemple qu'Ul-

pien cite formellement. Au reste, le mot *dominus legitimus* paraît se rapporter aux douze Tables, tandis qu'il n'est même pas encore parlé, durant la seconde période, de ce que Gajus et Ulpien disent être le contraire, c'est-à-dire la chose *possédée* (*in bonis*) par quelqu'un (9).

(1) Cic. *in Verr.* III, 2, 12. Si paret, fundum... Ex jure Quiritium, P. Servilii esse, *pro Mur.*, 12. Gaj. p. 4, lig 2, et souvent Ulp., 1, 16. 1, 23. 3, 4. 19, 20. 24, 7 et 11. Du reste *jus Quiritium* est pris ici dans le sens d'une collection de vérités de droit (comme aussi dans § 2, *Instit.* 1, 2, et dans Isid. 5), et non dans celui d'une certaine habilité, semblable à celle que, dans la suite, un Latin pouvait acquérir.

(2) *Mancipium* est, comme *obligatio*, un de ces mots qui désignent à la fois et l'événement (§ XCIV), et les suites qu'il entraîne, c'est-à-dire le droit incorporel qui en résulte. C'est évidemment à ce résultat que fait allusion le passage suivant de Lucrèce (3, 984):

Vita mancipio nulli datur, omnibus usui;

et ce que Curius dit en plaisantant (Cic. *ad div.* 7, 29), *si vales bene est; sum enim* Χρήσει μὲν *tuus* κτήσει δὲ *Attici nostri: ergò fructus est tuus, mancipium illius*, passage qu'Ernesti n'a pas cité aux notes *mancipium*, et κτῆσις, et qu'à l'article Χρῆσις, il explique de manière à prouver qu'il n'entendait rien en jurisprudence, puisqu'il rend par *possessio* réelles le mot qui est traduit positivement par *mancipium*.

(3) Varr. *de* r.r. 2, 10. n° 4. *Dominum legitimum sex ferè res perficiunt.....*

(4) *Dominium* n'est pas encore employé dans ce sens par Cicéron. D'après l'acception que lui donne l'orateur, il se rapproche un peu de celle qu'ont maintenant les mots *joie*

et majesté. Gajus (p. 64, lig. 3, 7 et 23) et Ulpien (19, 2) s'en servent dans le même sens que nous.

(5) L'expression est, à la vérité, exempte de toute équivoque et assez courte, mais on l'a tirée du latin usité chez les Grecs du sixième siècle, qui l'ont introduite dans une doctrine alors tout aussi peu usitée que de nos jours. Ne serait-il pas plus convenable de dire *propriété romaine*, si l'on ne voulait pas conserver les mots latins sans les altérer?

(6) Voyez le passage de Cicéron rapporté dans la note première de ce paragraphe. Il est dit dans Gajus (*Fr.* 1. § 2. *D.* 6, 1) qu'*ex jure Romano* ou *ex lege Quiritium* sont aussi des locutions exactes.

(7) Varron (*voyez* la note troisième de ce paragraphe) ne parle jamais du *dominus legitimus* que quand il est question d'un esclave.

(8) Le Code (7, 25, *de nudo jure Quiritium tollendo*) traite d'une manière spéciale des esclaves, et toutes les matières qui précèdent immédiatement sont relatives à l'affranchissement.

(9) Cicéron (*ad div.* 13, 30) dit bien, *est in bonis*; mais il n'emploie pas ces mots dans le sens de *la chose est en possession :* il prétend seulement dire que l'héritier s'y trouve. C'est encore là une remarque qu'Ernesti a négligé de faire.

§ LXXXVII. *Dans quel cas le domaine Quiritaire ou propriété Romaine a lieu.*

Si nous considérons cet usage dans son application aux personnes, nous trouvons que ceux qui n'étaient point Romains ne pouvaient pas, en général, acquérir la propriété romaine, à moins qu'ils n'eussent été assimilés d'une manière spéciale, sous ce rapport, aux Romains proprement

dits (*si commercium eis datum est*) (1), tandis que, par la raison contraire, les Romains eux-mêmes étaient tous habiles à l'acquérir. A l'égard des choses, il est à remarquer que ce qui n'était pas *in commercium* (§ LXXXIII) ne pouvait certainement point entrer dans la propriété romaine. Au contraire, la différence admise entre la *res mancipi* et la *res nec mancipi*, qu'on a si longtemps et si faussement considérée comme une circonstance tendant à prouver que la première classe de choses était seule susceptible de tomber *in mancipium*, cette différence, disons-nous, à une signification entièrement opposée. D'ailleurs, suivant toutes les apparences, elle n'a été introduite que beaucoup plus tard. L'objet principal de cette différence est le mode d'acquisition, et ce mode suivant une division généralement connue, d'après les Institutes elles-mêmes, quoique dans ce livre, comme dans l'ouvrage de Gajus, elle n'exerce aucune influence sur les suites (2), ce mode doit être romain. Il est nommé dans Justinien, *civilis adquisitio*, expressions qui ne sont cependant point techniques, ou *modus adquirendi civilis*, dans le latin moderne, et non pas simplement *naturel* (*jus gentium*). Cependant il n'en est parlé que dans le cas où il s'agit de l'acquisition d'une chose seule et détachée (*singularum rerum adquisitio*, appelée communément (*adquisitio singularis*), et non à l'occasion

de la transmission d'une masse entière de droits (*per universitatem adquisitio*) (4).

(1) Ulp. 19, 4.... *Mancipatio locum habet inter cives Romanos eosque peregrinos, quibus commercium datum est.* On ne peut certainement pas admettre que ces étrangers, dont parle Ulpien, n'acquéraient point alors la propriété romaine.

(2) Le *Fr.* 25. *pr. D.* 6. 1, dit même expressément : *In rem actio competit ei, qui aut jure gentium aut jure civili dominium acquisivit.* Nous savons par Gajus que, de son temps, il y avait une manière naturelle d'acquérir (la tradition, *traditio*), qui procurait la propriété romaine.

(3) *Civilistiches Magazin*, tom. IV, p. 141, 144. Ajoutez aux objections qui ont été faites contre cette prétendue expression technique, qu'on devait au moins dire, en admettant l'inversion des mots, *adquirendi modus*.

(4) Les Institutes et Théophile lui-même ne divisent de cette manière (2, 1. § 11) que les acquisitions des choses isolées, quoique les mots *singulæ res* manquent, peut-être parce qu'il y avait là *singulorum hominum*. D'un autre côté, dans le même Théophile (2, 9. § 6), il n'est pas parlé de la distinction entre la propriété naturelle et la propriété romaine, à l'article des acquisitions *per universitatem*. Gajus (p. 69, lig. 13) ne traite de toute cette différence qu'en s'occupant de l'usucapion, c'est-à-dire, après avoir épuisé tout ce qui a rapport à l'aliénation.

§ LXXXVIII. *Manières naturelles d'acquérir.*

Gaji *Instit.* p. 69, 73.

Inst. 2, 1. *De rerum divisione et adquirendo ipsarum dominio.*

Dig. 41, 1. *De adquirendo rerum dominio.*

Il est difficile de déterminer quelle est, de ces

deux manières d'acquérir, celle qu'on doit exposer la première; car le Gajus modifié par le Code des Wisigoths, ne nous fournit aucune donnée à cet égard, et le Gajus véritable accorde la priorité à celle qui procure la propriété romaine, tandis que les Institutes de Justinien admettent un ordre inverse. Les jurisconsultes qui ont rédigé ce dernier code expliquent leur système à cet égard en disant qu'ils ont dû s'occuper d'abord des manières naturelles d'acquérir la propriété, parce que le droit en vigueur chez tous les peuples est plus ancien que celui qui est propre aux Romains. On peut encore alléguer, en leur faveur, que les manières naturelles d'acquérir comprennent toutes celles qui ne supposent point encore la propriété d'un autre, c'est-à-dire les manières primitives (*modi adquirendi originarii*), tandis que les manières romaines sont ce que nous appelons des modes dérivés ou secondaires d'acquisition, et la plupart du temps des aliénations proprement dites. Il y a même une des manières d'acquérir suivant le droit romain, qui demande à être précédée auparavant d'une autre manière, soit naturelle, soit romaine, mais entachée cette fois de quelque vice. D'ailleurs les manières naturelles d'acquérir sont bien moins importantes, et c'est peut-être là le motif qui a déterminé Ulpien à les passer entièrement sous silence. C'est peut-être aussi une suite du même principe qui l'a porté

à ne rien dire des rapports naturels de famille dans la première partie, ni des obligations naturelles dans la troisième.

§ LXXXIX. *Incertitude et vague de tout ce qu'on peut dire à cet égard.*

Il est impossible de développer une doctrine de la propriété naturelle qui soit déterminée d'une manière aussi invariable, et établie aussi rigoureusement sur des expressions techniques, que celle de la propriété romaine. Nous voyons, en effet, d'après Gajus, d'après les Institutes, et même, ce qui est assez étonnant, d'après Théophile (ce qui serait moins surprenant de la part de cet auteur, s'il s'agissait de l'espèce de propriété qui n'était pas à proprement parler romaine), nous voyons, dis-je, que les jurisconsultes réunirent pour ainsi dire au hasard les différens mode d'acquisition naturelle les uns après les autres, sans les ranger sous un certain nombre d'expressions techniques reçues et adoptées, semblables enfin à celles dont l'auteur de la *Summa novellarum* (1) est parvenu à indiquer jusqu'à six.

(1) Ce titre, qu'on trouve dans les manuscrits, n'a été regardé comme inconvenant, et remplacé par divers autres entre lesquels on paraît avoir préféré celui de *Brachylogus*, que parce qu'on prenait le terme *Novellæ* dans le sens seulement de ce qui nous est parvenu sous le nom de Novelles, tandis qu'il exprime aussi tout le code Justinien, auquel nous

savons que, dans le moyen âge, on avait effectivement donné ce nom.

§ XC. *Occupation.*

L'occupation des choses qui n'ont point de maître (appelée par les modernes simplement *occupatio*, sans rien ajouter à ce mot) atteste d'abord, en ce qui concerne la chasse, le goût décidé du peuple romain pour l'agriculture (§ XXXVI), et ensuite, sous le rapport de ce qu'on trouve dans la terre (*thesaurus*, comme on le nomma dans la suite), combien il était rare que le droit civil fût restreint et limité par le droit public. Une hérédité était considérée aussi comme une chose sans maître, tant que l'héritier n'en avait pas pris possession. Nous n'avons une connaissance positive de cette dernière particularité que depuis la découverte du manuscrit authentique de Gajus, quoique cependant elle fût déjà indiquée dans l'abrégé de ce livre fait au temps des Wisigoths (1). On acquérait aussi par l'occupation les personnes et les choses des ennemis, parce qu'on était dans l'usage de n'avoir nul égard aux droits de ceux qui n'étaient point en rapport quelconque avec le peuple romain (§ LXII). Plus tard il est parlé, comme condition essentielle pour ce mode d'acquisition, d'avoir été conduit au sein des retranchemens ou fortifications (2) (*præsidia*, qui ne sont pas précisément des places fortes), mais seulement à

l'occasion de la personne d'un Romain, et non lors qu'il s'agit de ce qui lui appartient, par opposition à la chose d'autrui. A l'égard du *postliminium*, appelé aussi *jus postliminii*, Festus, en traitant de ce mot, cite le principe suivant, d'après Ælius Gallus: *Quæ genera rerum ab hostibus ad nos postliminia redeunt, eadem genera rerum à nobis ad hostes redire possunt;* et il appelle *esclaves* (*servi*) les chevaux, les mulets, les vaisseaux, comme le fait aussi Cicéron (3).

(1) 2, 1, à la fin. *Sed et res hæreditariæ, antequàm aliquis hæres exsistat..... in nullius bonis esse videntur.*

(2) *Fr.* 5. § 1. *D.* 49, 15.

(3) *Top.* 8.

§ XCI. *Fruits.* TIGNUM.

Quand il s'agissait de déterminer la propriété des fruits, on ne considérait pas plus à leur égard qu'à celui des autres choses, l'endroit où ils se trouvaient, mais à qui appartenait la propriété de l'arbre qui les portait. Il n'était donc pas permis de les ramasser et de s'en emparer (1). Toutefois, cependant, un voisin n'était pas obligé de souffrir un arbre qui le gênait. Il pouvait exiger aussi que le propriétaire fît démolir le bâtiment qui portait ombrage sur son terrain, ou fît couper les branches trop grosses de ses arbres (2).

L'union de la chose de quelqu'un avec la chose

d'une autre personne, ou avec ce que l'on considérait comme une chose, n'était soumise à aucune règle; cependant personne ne pouvait poursuivre son droit de propriété sur ce qui était encore attaché ou fixé dans le bâtiment ou dans la vigne d'un autre (3).

(1) Plin. H. M. 16, 5. *Cautum est in lege XII. Tabb. ut glandem in fundum alienum procidentem liceret colligere.* Jacques Godefroi a placé dans la troisième Table un passage rédigé d'après cette phrase, et auquel il donne le nom de *jus prædiatorium*, par une singulière interprétation des paroles de Cicéron (*pro Balbo*, 20): heureusement, toutefois qu'il ne commet cette erreur que quand il discute les preuves sur lesquelles il appuie la restitution de ce texte.

(2) Festus distingue les mots *conlucare* et *sublucare*, qu'on trouve tous les deux dans son vocabulaire; mais cette distinction lui a souvent été reprochée. Le jurisconsulte Paul, entre autres (*Sent.* 5, 6, § 13), confond ces deux mots; il regarde aussi comme synonymes les phrases, *in alienas ædes* et *in vicini agrum imminere.* Les mots du *fr.* 1, § 8. *D.* 45, 27: *Quod ait prætor, et lex XII. Tabb. efficere voluit, ut XV pedes altiùs rami arboris circumcidantur*, et § 9: *usque ad XV pedes à terrâ coërceri*, s'interprètent de deux manières différentes: ou bien on les entend des branches les plus basses, à cause du terme *à terrâ* (qui doit cependant s'appliquer aussi dans l'autre explication), parce que, dans les bonnes localités, les arbres, tels que les châtaigniers, les noisetiers, etc., ne nuisaient pas au terrain d'alentour, c'est-à-dire à la vigne, et par d'autres motifs encore; ou bien aussi on les entend des branches les plus élevées, parce qu'il est dit *altiùs*, que d'ailleurs beaucoup d'arbres ne s'élevant pas à plus de quinze pieds, il aurait fallu, si l'on adoptait la première

interprétation, les couper entièrement; et enfin que les Basiliques (*Synops.*, 60, 16. § 13) fournissent un argument d'autant plus péremptoire en faveur de cette dernière explication, qu'elles ont été assez long-temps en usage dans de bonnes localités. Ce passage a été placé également dans la huitième Table.

(3) Festus, voy. *Tignum.... Ut est in XII : Tignum junctum ædibus, vineæque et concapet ne solvito*, ou, suivant Jacques Godefroi, *ne concape* (ce qui veut dire, assure-t-on, *ne vindicato*, mais ce qui, selon nous, signifie bien plutôt qu'il ne doit pas y avoir de *concipere*), et *ne solvito*, d'après le même Godefroi, dans la sixième Table.

§ XCII. *Tradition.*

Parmi les manières naturelles d'acquérir la propriété, aucune n'est plus remarquable et n'a donné lieu à autant de fausses interprétations que la tradition. Mais quoiqu'on sache fort bien, d'après Gajus et Ulpien, que, suivant la nature de la chose elle-même dont on faisait la tradition, elle procurait tantôt la propriété romaine et tantôt la propriété naturelle, cependant c'est encore une question très-difficile à résoudre, que de savoir ce qu'elle était au temps des Décemvirs. Les Institutes nous apprennent que ces lois renfermaient, comme principe de droit général, que l'acheteur n'acquiert la propriété de la chose achetée ou transférée qu'après en avoir payé la valeur, ou qu'après avoir satisfait d'une manière quelconque son vendeur (1). Mais, comme, dans ces Institutes, les rédacteurs ont, à dessein, passé

sous silence la mancipation, un tel passage ne peut fournir aucune induction relativement à la tradition considérée comme acte opposé à la mancipation, et avec d'autant plus de fondement, que la proposition dont il s'agit ne se trouve pas dans Gajus. Il s'ensuit bien moins encore que se soit avec fondement que Festus prétende que les mots *trans* et *dare* étaient séparés par un mot intermédiaire dans les Plébiscites (2).

(1) § XLI. *Inst.* 2, 1. *Venditæ verò res et traditæ non aliter emptori adquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege XII Tabb. tamen rectè dicitur et jure gentium... id effici.* Jacques Godefroi a aussi placé ce passage dans la sixième Table.

(2) Festus *v. Sub vos placo.... ut in legibus : transque dato.*

§ XCIII. *Manières d'acquérir la propriété à proprement parler romaine.*

Varron, qui n'était pas jurisconsulte (1), et Ulpien (2), indiquent les différentes manières dont on pouvait acquérir la propriété romaine. Ces deux auteurs datent l'un du commencement et l'autre de la fin de notre troisième période. Chacun désigne incidentellement six de ces manières, mais il n'y en a que trois qui se retrouvent également dans tous les deux. Les paroles de Varron annoncent positivement qu'il s'agit d'un esclave; celles d'Ulpien nous autorisent à penser, ce qui

est fort important pour l'époque dont nous traitons, que cet écrivain comptait déjà la tradition au nombre des moyens d'acquérir les choses *nec mancipi*. Si nous admettons que la simple tradition, à cette époque, ne procurait point encore la propriété romaine, nous pouvons poser en principe que toutes les manières d'acquérir cette propriété devaient se rattacher à quelque acte public, et il est vraisemblable que le législateur les avait toutes relatées dans les douze Tables.

(1) De R. R. 2, 10, n. 4. des pasteurs (*voy.* ci-dessus § LXXXVI, note 9.) *In* emptionibus (?) *dominum legitimum sex* ferè (?) res (2) *perficiunt :* (I) *si hæreditatem justam adiit* (Mais, en ce cas, ne devait-on point avoir égard à la propriété du défunt? (II) *si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, à quo jure civili potuit*, *aut* (III) *si in jure cessit, cui* (*qui*) *potuit cedere et id ubi oportuit, aut* (IV) *si usu cepit, aut* (V) *si è prædâ sub coronâ emit, tumve* (VI) *cùm in bonis sectioneve cujus publicè venit.*

(2) 19, 2. *Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.*

§ XCIV. Mancipatio.

Gaji *Instit.* p. 29, lig. 4; p. 31, lig. 6. (*Voy.* ci-dessus, § LXXV).
Ulp. 19, 3, 6.

I. Le *mancipium* des douze Tables (1) porte encore une foule d'autres noms; il a été appelé ensuite *nexu alienatio* (et non *per nexum*), ou *alie-*

natio per æs et libram (dans le manuscrit d'Ulpien, *per hesit libram*), dans les pactes et ailleurs, *librâ et ære*, enfin, dans le langage particulier des jurisconsultes romains *mancipatio*, *emancipatio*. On doit sans doute aussi y rapporter le *lege vendere* de Plaute (2). Toutefois ce mode n'est pas à beaucoup près la seule manière romaine d'acquérir le domaine Quiritaire ou la propriété romaine, comme l'ont faussement pensé plusieurs écrivains : ce n'est pas non plus la plus importante ni la plus ordinaire de toutes; mais c'est celle qui procure tout d'un coup cette propriété, de telle sorte qu'on en donnait souvent le nom à cette dernière (3). Elle est généralement connue des modernes dans deux cas seulement, et précisément dans ceux où elle ne se présentait, la plupart du temps, que comme action figurée (§ X, note 2); tandis qu'ils parlent bien moins de l'emploi qu'on en faisait primitivement dans les actes journaliers de la vie, emploi qui se représentait pour ainsi dire à chaque instant, et qui se maintint pendant plusieurs siècles. La mancipation n'était primitivement qu'une tradition (4), mais dans laquelle il fallait observer les clauses suivantes pour que l'action eût lieu d'une manière solennelle (*solemnis*). Les deux parties, le *mancipans* et le *mancipio accipiens*, devaient être romains, et en présence l'un de l'autre; il fallait, en outre, qu'il y eût un *libripens* (qui, vraisemblablement,

à l'époque dont il s'agit, était un patricien, un prêtre (5), ou quelque autre personnage public) (6), et cinq autres Romains, servant de témoins (*testes*) (7). C'était là-dessus que reposait la publicité de l'acte. Il se passa un temps fort long encore avant qu'on eût besoin dans cet acte de la présence d'un *antestatus*. Il fallait que la chose fût présente, quand elle était mobiliaire, et on ne pouvait en prendre à la fois plus qu'il n'était possible d'en tenir dans la main. Lorsqu'elle était immobiliaire, et que par conséquent il suffisait d'en décrire la situation, on pouvait en *mancipare* autant qu'on voulait, et sans qu'elle fût en présence des parties (8). C'est dans la suite seulement qu'on établit en principe qu'il n'y aurait que certaines choses qui eussent besoin de la mancipation, par opposition avec la simple tradition, et qui même en fussent susceptibles. L'action exigeait qu'on articulât certains mots (9), après quoi l'on pesait réellement du cuivre, à titre soit de payement, soit au moins d'arrhes. Chacune des deux parties déclarait ce qu'elle se réservait (*quæ sunt linguâ nuncupata lex* (10) *mancipii*, *lex quæ dicta est in mancipatione*, ou bien aussi suivant l'objet, par exemple, *lex ædium*). En cas de dénégation, on était obligé de rendre le double (11). Une foule d'autres clauses essentielles à cet acte ne furent sans doute introduites que plus tard.

(1) QUUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO, dans Festus (*V. Nuncupata*). Festus ne dit pas expressément que ce fussent là les propres paroles des douze Tables; mais Cicéron (*De orat.* 1, 57) cite aussi UTI LINGUA NUNCUPASSIT, comme étant des mots employés dans cette loi. On les place dans la sixième Table.

(2) *Mercat.* 2, 3. v. 114.

(3) Horace dit: *Ep.* 2, 2. v. 158 et 159:

Si proprium est, quod quis librâ mercatus et ære est,
Quædam, si credis consultis, mancipat usus.

Ovide (*ex Ponto* 4, 15. v. 42) fait allusion à cette acquisition, comme étant la plus sûre de toutes:

Meque tuum librâ norit et ære minus.

(Je t'appartiendrais bien moins par droit même de mancipation, que je ne t'appartiens maintenant). On trouve dans Sénèque (*Ep.* 72): *Fortuna nihil dat mancipio.*

(4) *Manu capere* signifie *accepter*, et *mancipare*, *faire que quelqu'un puisse accepter.* Il y a entre ces deux mots la même différence qu'entre *rursùs habere* et *redhibere*. *Mancipare*, dans le sens primitif, est donc précisément la même chose que *tradere*.

(5) Tels qu'étaient aussi les Lévites chez les Juifs.

(6) C'est absolument ainsi que, parmi les anciens droits des villes allemandes, on en trouve déjà un, *qui servat publicam libram*, et auquel on est souvent astreint. Gajus oppose cette cérémonie à celle de la cession en justice qu'on pratiquait de son temps, et qui n'exigeait point la présence d'une personne publique.

(7) ULP. 19, 3. *Libripende et quinque testes* (*testibus*) *præsentes* (*præsentibus*).

(8) ULP. 19, 6. *Res mobiles non nisi præsentes mancipari possunt et non plures quàm qd* (*quot*) *manu capi possunt; immobiles autem etiam plures simul, et quæ diversis locis sunt, mancipari possunt.*

(9) Ulp. 19, 3..... *eaque sit certis verbis*... On trouve ces mots dans le véritable texte de Gajus, d'où Boëce les a tirés, avec cette seule différence, qu'on doit lire *idque æs*, et non pas *indèque æs*.

(10) C'est de cette *lex, quæ dicitur*, et non d'une *lex, quæ fertur*, que proviennent sans doute les termes de *leguleius* et de *legirupa*.

(11) Cic. *De off.* 5, 16: *Cum ex XII Tabb. satis esset* (les meilleures éditions élaguent le mot *cautum*) *ea præstari, quæ essent linguâ nuncupata, quæ qui inficiatus esset, duplipœnam subiret.*

§ XCV. Usus.

Gaji *Instit.* p. 64, lig. 12.
Instit. II. 6. *De usucapionibus.*
Ulp. 19, 8.
Dig. 41, 3. *De usurpationibus et usucapionibus*, ou *vice versâ.*

II. L'usage (*usus*, *usus* (*et*) *auctoritas* (1), ou même *auctoritas* seulement) (2), ou comme on l'appela dans la suite, l'usucapion (*usucapio*, car *possessio* désignait la chose même possédée), est une seconde manière d'acquérir la propriété romaine (3), qui devait certainement être d'un emploi bien plus fréquent encore que la mancipation. La publicité existait en ce cas beaucoup plus qu'à l'égard de toute autre action quelconque, absolument tout comme la publication contribue moins que l'usage à ériger un principe juridique en règle d'après laquelle chacun puisse et doive se conduire. Dans le droit des per-

sonnes, il est parlé de ce mode d'acquisition à l'article de la puissance (*manus*), comme étant la première manière dont celle-ci puisse prendre l'origine (§ LXXIV). Ce mode servait en général à convertir la simple possession, qui ne suffisait pas pour acquérir la propriété romaine, en cette dernière. On doit bien se garder de croire qu'à cette époque l'usucapion n'eût d'autre application qu'au cas dans lequel on y a encore recours aujourd'hui, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'acquérir un bien dont la propriété réside entre les mains d'un tiers duquel on ne tient pas son droit, et qu'ainsi par conséquent il faut éteindre un droit en même temps qu'en créer un. Le mot *prescription* (*præscriptio*), dont les modernes eux-mêmes se servent en pareille circonstance, expose à commettre cette erreur. Il y avait effectivement encore des cas où ce mode était employé, quoiqu'il ne s'agît point d'un autre propriétaire, ou bien dans lesquels on avait reçu du propriétaire lui-même la chose prescrite, sur laquelle d'ailleurs aucun tiers n'annonçait de prétentions (4). La condition essentielle de ce mode d'acquisition, c'est une possession constante, continuée pendant un certain laps de temps, savoir, pendant deux ans pour les choses immobilières (*fundi*, dans le sens le plus étendu de ce mot), et pendant une année pour les autres choses; on donnait la plus grande extension à

cette dernière catégorie. Il est rarement parlé de cette distinction, quant à la durée de la possession, entre les choses dans l'ancien droit romain (§ LXXXIV); mais ce qui explique pourquoi nous la trouvons mentionnée ici, c'est que les biens-fonds, proprement dits, n'étaient presque jamais possédés réellement en hiver. C'est surtout cette durée de la possession qui frappe vivement; aussi en est-il parlé expressément dans les douze Tables, qui, sur tout le surplus, gardent un profond silence à l'égard des autres conditions requises pour l'usucapion, de sorte qu'on pourrait croire que toute possession quelconque pouvait suffire. A l'appui de cette conjecture semble venir la doctrine plus récente de l'usucapion en qualité d'héritier (*pro hærede usucapio*) qui n'exigeait rien de tout cela. Cependant il est tout aussi vraisemblable qu'une possession quelconque ne suffisait déjà plus, mais qu'il fallait une possession juridique (appelée depuis *civilis possessio* ou bien *ad usucapionem possidere*, ainsi qu'on s'exprima dans la suite); et pour en constituer les caractères, on s'informait, avant tout, de la manière dont le possesseur était parvenu à avoir la chose. Cette *causa possessionis*, ainsi qu'on l'appela exclusivement jusque dans le cours de la troisième période, sans lui donner encore le nom de *titulus*, devait être telle que le propriétaire eût acquis de suite la chose d'une manière qui ne lui

procurait pas la propriété romaine (*pro suo*); ou bien il fallait, si l'acquisition donnait par elle-même le pouvoir de transférer cette propriété, qu'elle provînt d'un individu qui n'était pas propriétaire. Dans ce dernier cas, il fallait, en outre, que le possesseur n'eût point connaissance du droit du vrai propriétaire (*bonâ fide*). Cependant, au moins par rapport aux choses immobilières, on n'exigeait qu'il eût eu cette connaissance qu'au temps où sa possession avait commencé, principe qui était doublement équitable à cause de la rareté des donations (§ XXXV).

(1) Si le mot *ususfructus* eût déjà été employé à cette époque, pour signifier un usufruit (*usus fructus*), il aurait fallu qu'on se servît, par opposition, pour désigner la propriété, du mot *auctoritas*, tel que nous l'entendons aujourd'hui. La particule ET manque deux fois dans ce mot, car il devrait être au commencement de chacun des deux mots dont on l'a composé (§ XLVII, note 1). On a pensé qu'*usus* se rapporte au cas où il n'y a point de droit négatif de propriété, et *auctoritas* au cas contraire, ou bien qu'*usus* se rapporte à celui qui acquiert un bien, et *auctoritas* à celui qui perd ou qui transfère ce bien, à peu près comme dans les deux mots *emtio* et *venditio*.

(2) Cicéron (*Har. Resp.* 7) cite comme exemple de *jure optimo : jure hæreditario* (qui est aussi le premier dont parle Varron), *jure auctoritatis* et *jure mancipii*.

(3) Cic. *pro Cæs.* 19. *Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium ; at utimur eodem jure in ædibus, quæ in lege non appellantur.* — Le même écrivain dit ailleurs (*Top.* 4) : *Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit*

etiam ædium. Ast in lege ædes non appellantur et sunt cæterarum rerum, quarum annuus est usus. Boëce désigne expressément les douze Tables à cette occasion. Théophile en fait autant (*pr. Instit.* 2, 6, passage dans lequel le texte ne désigne que le droit civil). Jacques Godefroi a eu tort de rapporter à la prescription le *fr.* 235. D. 50, 16, où la différence entre *ferri*, *portari* et *agi* est donnée en parlant des douze Tables; il a eu tort aussi de placer ce fragment dans la sixième Table.

(4) Gaj. p. 64, lig. 12. Ulp. 1, 16.

§ XCVI. *Obstacles à la Possession.*

Par rapport à la personne du possesseur, le droit de cité était une condition indispensable (1), et cela est tout naturel, puisqu'il s'agit de la propriété romaine. A l'égard de l'objet possédé, étaient exclus de ce mode d'acquisition: 1° les choses volées (2), au moins d'après l'interprétation qu'on donna par la suite à un passage qui, dans l'origine, n'excluait peut-être de l'usucapion que le voleur lui-même; 2° l'entrée d'un lieu consacré à la sépulture (3); 3° les cinq pieds de terrain placés sur les limites de deux champs (4). Les douze Tables n'admettaient d'exception contre l'usucapion, à raison de la tutelle, qu'en faveur des femmes romaines, lorsqu'elles étaient soumises à une tutelle légitime, et qu'elles n'étaient point mineures (5).

(1) Cicéron (*De offic.* 1, 12) cite les douze Tables pour prouver qu'autrefois on se servait aussi du mot *hostis* pour

désigner un étranger (*peregrinus*), comme, par exemple, dans cette phrase : ADVERSUS HOSTEM ÆTERNA AUCTORITAS, mais le mot ESTO ne se trouve point ici, quoique Jacques Godefroi l'ait ajouté, à titre de complément, comme dans les passages suivans. Du reste, il se trompe en rapportant ces mots, dans la troisième Table, à la poursuite des obligations, tandis que, d'un autre côté, il se sert si souvent du même mot *auctoritas* en parlant de la prescription.

(2) § II. *Instit.* 2, 6. *Furtivarum rerum lex XII Tabb. et lex Atinia inhibent usucapionem.* Le *fr.* 33. *Dig.* 41, 3, est encore moins littéral. Dans Jacques Godefroi, on lit à la fin de la seconde Table : *Furtivæ rei æterna auctoritas esto.*

(3) CIC. *De lig.* 2, 24. *Quod autem forum, id est vestibulum sepulcri, bustumve usucapi vetat..... Hæc habemus in XII.* Le mot *forum*, auquel Festus assigne la même signification que nous, dérive de celui de *forus.* Jacques Godefroi a inséré ce passage dans la dixième Table : *Fori bustive æterna auctoritas esto*, et cependant, *bustum* peut fort bien, de même que la qualification de *vestibulum sepulcri*, être l'explication ou la paraphrase de *forum.*

(4) Cicéron (*De lig.* 1, 21), dans une discussion philosophique, fait allusion à cette circonstance, que *usucapionem XII Tabb. inter quinque pedes esse noluerunt*, mais que trois arbitres doivent procéder à la recherche des limites. Jacques Godefroi transforme de même cette phrase en un principe de droit : *Intra V pedes æterna auctoritas esto*, qu'il insère dans la huitième Table. Mais il ne résulte nullement de là que chaque champ, chez les Romains, fût entouré d'un espace inculte de cinq pieds.

(5) C'est ce qu'enseigne d'abord Cicéron (*Ad Att.* 1, 5. *Pro Flacco*, 34), et, d'une manière plus positive encore, Gajus (p. 65, lig. 9, 11), en le bornant toutefois aux agnats.

§ XCVII. In jure cessio.

Gaji *Instit.* p. 59, lig. 11.
Ulp. 19, 9. 15.

III. La cession en justice (*in jure cessio*) était une manière d'acquérir la propriété romaine par déclaration faite devant un magistrat qui rendait la justice. Le nouveau propriétaire (*vindicans*) demandait la chose par vindication; l'ancien (*in jure cedens*) n'objectait rien, et le magistrat (*addicens*) accordait la demande. Cette manière d'acquérir devint avec le temps beaucoup plus rare que la mancipation, quoiqu'il arrive souvent de la trouver désignée seule avec cette dernière par les auteurs. On remarque ensuite, à son égard, une circonstance particulière, c'est qu'on pouvait acquérir aussi de cette manière la propriété de choses incorporelles. Nous en trouvons jusqu'à un certain point un exemple dans la liberté acquise par un homme qui jusqu'alors avait été esclave (§ LXIII). D'autres exemples plus positifs nous sont fournis par la puissance paternelle (§ LXXII), par une espèce de tutelle (§ LXXIX), par l'usufruit et par la succession; mais il ne suit pas encore de là que toutes les choses incorporelles indistinctement pussent être acquises et aliénées de cette manière. Du reste, comme on vient de le dire, les auteurs ne parlent souvent de

la cession en justice qu'en s'occupant de la mancipation. On ne peut pas douter qu'il n'y eût, dans les douze Tables, un passage qui s'y rapportât, et certainement ce passage fixait aussi les conditions nécessaires pour qu'une adjudication par le magistrat, d'après le consentement des deux parties, fût valable : cette adjudication se faisait sans doute à peu près dans ces termes : *ità ius esto.* Ce mode d'acquisition porte toujours le titre d'*in jure cessio*, et jamais celui d'*addictio ;* d'ailleurs, quand même on rencontrerait ce dernier terme, il serait impossible d'y ranger, comme sous un chef commun, tous les cas où il y avait intervention d'un magistrat, mais sans rien qui le représentât comme destiné à prononcer en matière de droit, comme par exemple dans les expressions *sub coronâ emere* et *sectio* employées par Varron. (*Voy.* ci-dessus, § XCIII).

(1) Cic. *Top.* 5.

§ XCVIII. Adjudicatio.

IV. L'adjudication (*adjudicatio*), dont les jurisconsultes romains font encore un chef particulier, se rapporte à chacune des trois manières dont la propriété romaine se partageait, soit entre cohéritiers (*familiæ erciscundæ*), soit entre copropriétaires (*communi dividundo*), soit enfin entre propriétaires dont les champs se touchaient

(*finium regundorum*). Le prononcé du juge chargé de veiller au partage des biens dans ces diverses opérations, donnait la propriété romaine, parce qu'il était parlé de ce mode d'acquérir dans les douze Tables (1).

(1) Festus (*v. erctum*), à l'occasion d'*erctum* et de *citum*, qu'il emploie tous deux en parlant d'une manière générale des copropriétaires (*consortes*), s'appuie de l'autorité des *libri legum romanarum*, et cette expression a, dans son livre, une signification un peu différente de celle que lui donne Justinien. Gajus (*Fr.* 1. *D.* 10, 2.) désigne expressément les douze Tables comme la source de l'action en partage de succession (*familiæ erciscundæ actio*), que Jacques Godefroi a placée dans la cinquième Table. — Dans la note 4, citée à la fin du § XCVI, j'ai rapporté un passage où il est question des arbitres d'*arbitri tres* pour déterminer des limites, et Nonius (*ver. Jurgium*) dit, d'après Cicéron, que les douze Tables se servaient du terme plus doux de *jurgare* pour désigner les contestations entre voisins (*vicini*), ce que Jacques Godefroi a placé dans la cinquième Table.

§ XCIX. Lex.

Ulp. 19, 17.

V. Enfin nous trouvons encore, parmi les manières d'acquérir, la dénomination générale de *loi* (*lex*). Au premier aspect, cette dénomination semble entièrement contraire aux règles de la logique, si l'on applique ici la manière trop restreinte dont on a coutume d'envisager le droit; cependant elle est tout aussi bien appropriée à

la partie positive de cette science, qu'on y applique la dénomination générale de *droit propre* résultant des différentes espèces de faits qui peuvent se rencontrer (*proprio quodam jure ex variis causarum figuris*), espèce de dénomination qu'on emploie quelquefois lorsqu'il s'agit des obligations. Parmi les cas de cette nature, et il est impossible de les citer tous ici, se rangeait certainement, dès la période dont nous nous occupons, le legs d'une chose qui doit passer de suite en la possession du légataire (ce qui fut appelé dans la suite *per vindicationem legatum*). Mais il faut aussi faire entrer en outre sous ce chef tout ce que les auteurs, quels qu'ils soient, appellent manière romaine d'acquérir, et dont Ulpien ne parle pas, par conséquent le *sub coronâ emere*, et la *sectio*, cités par Varron. (*Voy.* ci-dessus, § XCIII, note 1), peut-être même aussi le *census* (1). La donation devrait également être placée ici, si elle eût été réellement une manière romaine d'acquérir, ainsi qu'on a coutume de le supposer faussement d'après la place qu'elle occupe dans les Institutes, mais le témoignage irrécusable de Théophile nous apprend le contraire (2), et Gajus ne s'en occupe pas non plus en cet endroit.

(1) Schulting croit encore trouver une trace de cette manière d'acquérir dans la *const.* 7, C. 8, 54. Il est vrai que le *censu manumittere* (§ LXIII) nous y renvoie. Du reste,

il se pourrait aussi qu'au temps d'Ulpien on passât sous silence, parmi les manières d'acquérir, le *census*, comme étant un usage abandonné, quoique cependant des écrivains plus anciens eussent été obligés d'en faire une mention particulière.

(2) *Civilistisches Magazin*, tom. III, p. 187.

§ C. *Fin de la Propriété.*

GAJI *Instit.* p. 73.
INST. 2, 8. *Quibus alienare licet vel non.*

La propriété finit d'une manière fort simple. A la vérité, il faut un acte, c'est-à-dire un fait, pour opérer la dissolution de ce droit; mais d'abord ce fait n'est même pas nécessaire en cas de destruction de la chose, ou quand une bête fauve retourne dans son état naturel de liberté (1), et de plus ce fait, dans tous les cas, dépend exclusivement de la volonté du propriétaire lui-même. Son but est d'ailleurs ou de mettre la chose *extra commercium* (§ LXXXIII), ou de l'abandonner, de manière qu'elle n'ait plus de maître, ou enfin d'en céder la possession à un autre. Cependant Gajus dit expressément que les douze Tables accordaient à l'agnat, curateur d'un homme en démence, la faculté de vendre les biens de ce dernier (2), ce qui suppose qu'il y avait un cas dans lequel la propriété pouvait être valablement aliénée par un autre que le propriétaire lui-même.

(1) On ne songeait point encore à ces deux cas, qui ne

sont pas prévus non plus par le principe de droit contenu dans le *fr.* 11. D. 50. 17.

(2) Gaj. p. 69, lig. 7.

§ CI. *Acquisition par d'autres.*

Gaji *Inst.* p. 74, 77.
Ulp. 19, 18. 21.
Instit. 2, 9. *Per quas personas cuique adquiritur.*

La maxime que l'on peut acquérir par le moyen de tous ceux qu'on a sous sa puissance, soit sous la *manus*, soit sous le *mancipium*, voulait dire seulement, dans le principe, qu'on ne peut jamais acquérir par un tiers, lors même que la nécessité de la publicité n'entraîne pas déjà par elle-même l'impossibilité qu'une personne qui n'a point de rapports durables avec une autre, puisse jamais n'acquérir pour celle-ci. Mais, par la suite des temps, elle eut encore une autre signification; elle indiqua aussi que celui qui se trouve placé sous la puissance d'un autre, n'a point de droits à exercer contre ce dernier, même en ce qui concerne les choses, tandis qu'au contraire celui-ci est considéré comme le propriétaire de tout ce que l'autre acquiert. Cependant il peut se faire qu'à l'époque dont nous traçons l'histoire, l'usage eût déjà établi que le maître accordait à son esclave, ou le père à son fils, ou enfin le mari à sa femme, qui était *in manu*, le droit d'avoir un pécule (*peculium*) (1). Cet usage fut introduit et

cette concession fut, sans doute, faite par le père, le maître ou le mari, soit pour engager davantage ses subordonnés à prendre soin de ses affaires, soit aussi pour rendre plus faciles et plus agréables les rapports de ces individus avec les autres Romains. Ils étaient en effet, ou devaient être plus portés à obliger leurs concitoyens, lorsqu'ils avaient la certitude que le tribut de la reconnaissance ne serait pas payé uniquement à celui sous la puissance duquel ils se trouvaient.

(1) Cette expression n'est point employée, il est vrai, à l'occasion du mariage proprement dit, auquel ne saurait en effet se rapporter le *fr.* 9. § III. D. 23, 3; mais nos connaissances sont bien moins étendues à l'égard de la puissance maritale qu'à celui de la puissance paternelle ou dominicale. Cependant les biens de la femme, appelés *receptitia*, paraissent avoir quelque analogie avec le *peculium*.

§ CII. Dos.

On ne trouve dans les douze Tables aucune trace d'une matière extrêmement importante du droit romain, je veux dire de celle qui détermine l'influence du mariage avec ou sans pouvoir du mari (*manus*) sur la propriété de la femme en général (*dos* ou *res uxoria*), influence dont il n'est pas parlé non plus dans les considérations générales sur cet acte civil. Cette matière ne se concilie également pas très-bien avec l'ancien usage des Romains d'acheter leurs épouses.

Cependant il est assez probable que souvent déjà à cette époque le père se décidait à faire un don en mariant sa fille, ou du moins que l'époux recevait quelque chose pour compenser les dépenses que le mariage lui occasionait.

§ CIII. Per universitatem successio.

Lorsqu'un Romain entrait en jouissance des droits d'un individu qui cessait de pouvoir en exercer lui-même, on n'établissait de distinction pour aucune chose en particulier, excepté toutefois pour les seuls biens-fonds, de manière qu'on n'avait aucun égard à ce que devenait le surplus de la fortune du défunt. Mais quant à tout ce qui ne s'éteignait pas à la mort, par exemple, le culte privé (*sacra privata*), quoique tout cela appartînt en partie au droit public, et ne fût qu'onéreux, le tout néanmoins formait un ensemble, une masse (*universitas*). Il restait alors à décider qui devait entrer en jouissance de cette masse, et il n'était pas nécessaire que ce fût un seul individu, quoiqu'on pût le croire d'après l'adjectif *universalis* placé après le substantif *successor*, mais qui n'a été employé dans cette circonstance que par les modernes seulement.

§ CIV. *Personne de celui dans les droits duquel on entre.*

Il faut, comme condition essentielle de la part de celui qui éprouve un pareil changement, qu'il ait joui jusqu'alors de la faculté d'acquérir des droits pour lui-même, c'est-à-dire qu'il faut que ce soit un homme libre, un Romain, un individu qui ne soit sous la puissance de personne. Cependant la question de la succession avait déjà dû être agitée à l'égard des étrangers qui exerçaient des droits. Peut-être même est-ce là le premier germe de la *possession de biens* (*bonorum possessio*), qui ne s'introduisit néanmoins que plus tard et par le droit prétorien. On n'avait généralement point égard au sexe, à l'âge, à l'état civil ni au patriciat de l'individu qui venait de perdre la jouissance de ses droits.

§ CV. *Différentes manières de devenir inhabile à exercer des droits.—Mort.*—HEREDITAS *en vertu d'un testament, ou de toute autre manière.*

Quant au changement lui-même, qui fait qu'un individu ne peut plus exercer de droits, ou il est dû à la mort, ou bien il survient du vivant même de la personne. La mort est le cas le plus ordinaire. Les Romains la mettent au premier rang, dans leurs traités généraux sur la jurisprudence,

et ils ne rattachent à celle-là les autres manières de perdre ses droits, que par forme, d'appendice. Les douze Tables, en réglant la manière d'entrer en possession des droits d'un autre à titre d'héritier (*heres*, mot qui dérive de *herus* (1); comme le prouve celui de *familia*, qu'on voit paraître dans les deux manières d'hériter, et d'où l'on fit ensuite celui d'*hereditas*, qui ne se trouve pas dans la loi décemvirale (2)), les douze Tables, disons-nous (3), s'occupent d'abord de la dernière volonté du défunt, puis de son droit de léguer (*legare*), et enfin, de la manière dont il est considéré comme ayant testé (*testatus*, d'où provint plus tard le mot *testamentum*). La loi expose ensuite la manière dont on doit se conduire à défaut d'une déclaration semblable de la part du défunt (*intestato*, dans la loi, et, plus tard, *ab intestato hereditas*, *legitima hereditas*, etc.). Ces deux cas étaient placés en telle opposition l'un avec l'autre, qu'ils ne pouvaient jamais se rencontrer à la fois dans une même succession, c'est-à-dire qu'il était impossible que l'un des héritiers héritât en vertu d'un testament, et un autre à défaut d'acte testamentaire. La rigueur était même poussée si loin, sous ce rapport, que dès qu'on voulait faire quelques dispositions qui n'eussent effet qu'après la mort, il fallait qu'elles s'étendissent à la succession toute entière (*nemo pro parte testatus*, *pro parte intestatus decedere*

potest); mais cette proposition, qui n'est pas nécessaire à l'égard de tous les droits indistinctement, ne tire certainement pas son origine de l'ordre dans lequel les douze Tables examinent successivement les matières en traitant de la succession. En effet, les jurisconsultes romains, avant de passer en revue les maximes qui concernent la succession à titre universel (*per universitatem successio*), s'occupaient du testament, au lieu de se livrer à des considérations générales sur la dévolution et l'acquisition de la succession.

(1) § VII. *Inst.* 2, 19. *Veteres enim heredes pro dominis appellabant.*

(2) Suivant Pline (*Hist. nat.* 19, 4.), le mot *heredium* signifiait un jardin, dans les douze Tables.

(3) UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUÆ REI (ou, bien certainement, SUAVE RE) ITA JUS ESTO (ULP. 11, 14). Assez généralement on fait précéder cette phrase du mot PATERFAMILIAS. M. le Professeur Erb a montré le premier l'inexactitude de cette addition. (*Civilistisches Magazin*, tom. IV, p. 462). SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC...... ✝ ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO (ULP. 26, 1.) Le mot AST, qu'on met en tête de cette phrase, est remplacé dans le manuscrit par *hac*, ce qui doit signifier *hâc lege XII Tabularum*, si l'on en juge par l'analogie avec ce que nous avons déjà remarqué plus haut (§ LIX, note 1). On remplit la lacune qui se trouve à la suite de *nec*, avec le mot *exstabit* ou *sit*. Ces deux passages ont été placés par Jacques Godefroi dans la cinquième Table.

§ CVI. *Personne du Testateur.*

GAJI *Inst.* p. 77 et suiv.
ULP. 20. *De testamentis.*
INSTIT. 2, 10. *De testamentis ordinandis.* 12. *quibus non est permissum facere testamentum.*
DIG. 28, 1. *Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiunt.*

La première chose que l'on considérait dans un testament, c'était la personne du testateur. Il fallait que celui-ci eût le droit de tester, c'est-à-dire qu'il eût, en ce sens, *la faction de testament* (*testamenti factio*). Il est vrai que les douze Tables ne parlaient point de cette condition (§ CV, note 3); mais vraisemblablement, dès cette époque, on avait déjà égard à la capacité du testateur, et au temps où le testament avait été écrit, et à celui de la mort. Quant à cette dernière époque, il n'y avait que l'impossibilité physique de faire un pareil acte en ce moment, qui ne nuisît point au droit. Mais, pour que cette capacité existât, pour qu'un Romain enfin fût admis à tester, il suffisait qu'on pût lui succéder (§ CIV), qu'il fût maître de disposer à son gré de sa fortune (1), et qu'il ne se trouvât soumis ni à la tutelle, ni à la curatelle. Il paraît cependant que, par la suite, une femme romaine put également faire un testament sous l'autorité de son tuteur. Il paraît aussi qu'un affranchi, et,

ce qui est plus étrange, que même le fils d'un affranchi n'avaient pas primitivement le droit de tester, comme les autres citoyens, puisque ce fut là précisément un des points importans sur lesquels les Patriciens furent obligés de se relâcher de l'ancienne rigueur de la loi, lors de la rédaction des douze Tables. Peut-être, toutefois, ne cédèrent-ils que dans l'espoir de trouver, contre les inconvéniens qu'ils redoutaient par suite de cette concession, une garantie dans les nombreuses difficultés dont la forme extérieure du testament était entourée pour ceux de leurs concitoyens qui se trouvaient dans ces diverses classes.

(1) Ulp. 20, 13.

§ CVII. *Forme extérieure du Testament.*

Par rapport à la forme extérieure, l'un des points les plus connus de l'histoire du Droit (§ 10, note 1), c'est que les anciens Romains avaient trois manières de tester. Cependant si nous voulons remonter à l'origine de ces trois manières, tout ce que nous pouvons déterminer avec certitude, c'est que la troisième fut introduite après les deux premières. Celles-ci étaient 1° *le testament fait en temps de paix (in pace)*, ainsi que le nomme Gajus, quoique peut-être cette forme fût également observée en temps de

guerre ; mais ce qui est au moins certain, c'est qu'elle ne pouvait, assurément, avoir lieu qu'à Rome seulement : cette forme consistait dans la déclaration faite devant une assemblée spéciale du peuple (*in calatis comitiis*, et non, comme les modernes disent toujours, *in comitiis calatis*), que l'on convoquait toutes les fois qu'il s'agissait de délibérer sur les affaires religieuses (1), et qui, en outre, avait lieu deux fois par an (2); 2° *le testament fait en temps de guerre*, ou la déclaration faite au moment où les soldats étaient appelés à l'armée (*in aciem vocare*); ce testament était dont fait *in procinctu*, mais, dans les Institutes et dans Théophile, le testament lui-même est nommé assez bizarrement *testamentum procinctum* (3); 3° enfin, les formalités de la troisième manière que Gajus rapporte à un cas de mort subite (4), et qui, suivant Théophile, fut introduite vraisemblablement pour éviter les difficultés que présentaient pour les testateurs les autres formes, et notamment dans le premier cas, ces formalités, disons-nous, consistaient (§ XCIV) en une vente ou mancipation figurée (*per æs et libram*, *per familiæ mancipationem et nuncupationem testamenti*). Dans ce cas, le testateur aliénait toute sa succession future (*familia*), mais il pouvait revenir sur la donation, parce qu'elle ne lui ôtait ni le droit de disposer à son gré de chaque chose en particulier, ni celui de contracter des dettes qui pou-

(7) Chez les anciens, bien plus souvent que chez nous, le cachet remplaçait les clefs, dans les cas où l'on n'avait point à craindre une effraction contre laquelle nos clefs ne garantissent pas toujours. M. Boettiger a inséré dans le *Journal des Modes*, un article dont le but est de mettre cette vérité à la portée de toutes les classes de lecteurs.

§ CVIII. *Contenu essentiel du Testament.*

GAJI *Inst.* p. 28.

ULP. 21. *Quemadmodùm heredes institui debent.* 22. *qui heredes institui possunt.*

INSTIT. 2, 14. *De heredibus instituendis.*

Le contenu essentiel d'un testament était la désignation d'une, ou même, suivant la volonté du testateur, de plusieurs personnes pour héritiers, opération appelée encore à cette époque, *legare*, ou, plus exactement, *heredem instituere*, *heredem scribere, heredem facere*. Le mot *heres* indiquait cependant déjà que la personne désignée devait avoir un droit sur le tout, encore que le testateur n'eût parlé que d'une seule chose, ou d'*une fraction*, pour emprunter le langage des Romains (1). Ce droit ne pouvait être limité qu'autant qu'un droit égal était concédé à d'autres héritiers dont le testament faisait mention. Il fallait que l'héritier fût *habile* (qu'il eût la *testamenti factio*, dans ce sens); or, il n'y avait que les Romains ou leurs esclaves qui fussent dans ce cas. Quant aux esclaves, naturellement on ne pouvait instituer pour héritiers ses propres esclaves, qu'en décla-

rant, en même temps, qu'ils seraient libres. Relativement à ceux d'autrui, on n'avait pas le pouvoir de les affranchir par testament, mais on pouvait disposer en leur faveur pour l'avenir, et dans la supposition où la liberté leur serait un jour accordée. Du reste, un testateur était libre non-seulement d'instituer l'héritier avec ou sans conditions, mais encore d'exclure ou de passer sous silence ses proches, tels que les parens et le patron. Il reste à décider si ce fut dès l'époque dont nous parlons qu'on introduisit pour la première fois, et plutôt dans l'intérêt du testateur lui-même, que pour enchaîner sa volonté (2), une restriction importante au pouvoir absolu de disposer. Cette restriction portait que, quand des personnes libres tombaient sous la puissance du testateur, en cas de survie après qu'il avait fait son testament (on appelait ces individus *posthumi*), ou bien que le testateur avait des personnes libres sous sa puissance à l'instant même où il testait (*liberi*), ces personnes devaient être exclues positivement de l'héritage (*exheredes scribi, exheredari*), du moment où elles n'étaient point désignées comme héritières. Cette condition était exigée afin qu'on ne pût pas mettre en doute la question de savoir si le testateur avait voulu réellement les exclure, ou bien s'il n'avait fait que ne pas penser à elles, soit qu'il les eût oubliées, soit qu'il n'eût pas été informé de leur existence.

(1) La division d'un entier (*as*) en douze parties (*unciæ*), et toutes les fractions qu'on pouvait déduire à volonté de cette base première, sont aussi étrangères au point de doctrine dont il s'agit ici, que le calcul décimal l'est aujourd'hui à ce qui concerne l'institution des héritiers.

(2) C'est dans ce sens que Trajan l'interpréta par la suite (§ I. *Instit.* 2, 11): *Nec ullorum magis interest, quàm ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti.*

§ CIX. *Acquisition de l'héritage par le Testament.*

Ulp. 22, 24. 34.
Instit. 2, 19. *De heredum qualitate et differentiâ.*

En parcourant successivement les divers points du droit, les jurisconsultes romains avaient, à l'occasion du testament, à agiter la question de savoir quand les héritiers appelés à entrer dans les droits du défunt y entrent réellement. Cette question se présente également dans le cas où il n'y a point de testament; mais alors, pour la résoudre, on n'exige point la réunion d'autant de circonstances particulières que dans l'hypothèse du testament. Quoique les douze Tables, au moins dans les fragmens qui nous en sont parvenus, ne disent pas un seul mot sur cette question, on ne peut guère douter cependant, que sa solution ne dépendît alors, en règle générale, de la volonté libre des héritiers (*volontarii heredes*); en un mot, que, dès cette époque il ne dépendît

d'eux uniquement d'avoir ou de ne pas avoir la qualité d'héritiers. Nous trouvons, par la suite, qu'il y avait trois manières de déclarer sa volonté et d'acquérir l'hérédité, savoir : l'adition ou l'acceptation formelle (*hereditatem adire*) (1), la crétion (*cretio*), et la gestion en qualité d'héritier (*aliquid pro herede gerere.*) La dernière volonté du défunt n'était nécessaire, pour donner lieu à l'acceptation, que quand il avait institué ses héritiers par testament. Dans ce cas ces héritiers, appelés *necessarii heredes*, étaient ou les esclaves institués par le testateur, ou les héritiers siens (*sui heredes*), entre lesquels il ne paraît pas qu'on établît encore de différence. Un héritier, par le fait de l'acceptation de la succession, est censé la recevoir toute entière, lors même que plusieurs héritiers sont appelés à la même succession, en sorte que, dans ce dernier cas, chacun des cohéritiers est censé empiéter sur les droits des autres (*jus adcrescendi*), parce que chacun est considéré comme héritier à titre universel, c'est-à-dire ayant droit à l'universalité des biens (*per universitatem successor*). Lorsque plusieurs acceptent à la fois l'hérédité, les dettes actives et celles qui tombent à la charge de la succession (*nomina*) sont réparties entre eux, d'après un passage positif des douze Tables, chacun dans la proportion de la part qu'il se trouve appelé à recueillir (2). On sacrifiait la commodité du commerce pour arriver

à une égalité parfaite entre cohéritiers. Tout le reste était commun entre eux, et quand ils ne s'entendaient pas bien ensemble sur leur copropriété, un acte spécial de partage (*familiæ erciscundæ judicium*) (§ XCVIII) intervenait pour les mettre d'accord.

(1) L'acceptation (*hereditatis aditio*) constitue certainement une troisième manière, puisque la *cretio* n'avait jamais lieu dans l'*hérédité légitime* (*legitima hereditas*), et qu'au contraire ces deux mots s'appliquaient aussi à la matière d'hérédité testamentaire. Gajus ne dit rien de contraire (p. 96, lig. 16, 18).

(2) *Obligatio dividitur per legem XII Tabb.*, dit le *fr.* 25, § 13, *D.* 10, 2, et dans plusieurs autres passages, dont aucun cependant ne donne les termes de la loi, tels qu'on les trouve dans Jacques Godefroy : *Nomina proportionibus hereditariis inter heredes ercta cita sunto.*

§ CX. *Annulation d'un Testament.*

Ulp. 23. *Quemadmodùm testamenta rumpuntur.*
Instit. 2, 17. *Quibus modis testamenta infirmantur.*

On ne trouve, dans les douze Tables, aucune trace des différentes manières dont un testament, valable dans son principe, peut perdre ensuite sa validité; mais nous sommes cependant fondés à admettre que le fait était déjà possible à cette époque, lorsque le testateur perdait le droit de tester, par exemple quand il mourait prisonnier chez l'ennemi, ou lorsqu'un premier testament

était cassé (*ruptum*, pour dire *corruptum*, expression également employée dans la suite par les jurisconsultes en parlant d'un testament annulé dans le cas de la naissance d'un posthume), ou enfin quand il ne se trouvait pas d'héritier qui voulût accepter la succession. C'est à cette dernière hypothèse que devrait se rapporter, en supposant qu'il eût déjà eu lieu avant les douze Tables, le cas où un second héritier aurait été appelé à défaut du premier (*secundus heres, secundi gradûs heres, substitutus*), c'est-à-dire lorsqu'il y a cette espèce de substitution à laquelle on donna dans la suite l'épithète de *vulgaris*, et dont le but était d'empêcher que le testament ne fût abandonné (*destitutum*.)

§ CXI. *Autres dispositions dans le Testament.*

GAJI *Instit.* p. 102 et suiv.
ULP. 24. *De legatis.*
INSTIT. 2, 20. *De legatis.*
DIG. 30, 32. *De legatis*, et presque jusqu'au titre 36 inclusivement.

Il importait peu, à proprement parler, pour la validité du testament, que le testateur y eût ou non prescrit autre chose que l'*heredis institutio*. Il est très-vraisemblable que, du moment où cet acte était d'ailleurs réputé valide à tous égards, tout individu pouvait, déjà même à l'époque dont nous parlons, recevoir du testateur,

par la même voie, un droit isolé ou particulier, appelé *legatum*, dans le sens restreint de ce mot, c'est-à-dire une disposition de biens particuliers, sans préjudice de la disposition essentielle qui avait rapport à l'hérédité. Il était naturel aussi que ce droit fût tantôt la propriété, et tantôt une simple expectative, et c'est par conséquent aussi jusque-là que nous devons remonter, pour trouver le germe de la division établie dans la suite entre les legs, qu'on distinguait suivant qu'ils se faisaient *per vindicationem* ou *per damnationem*. Au surplus cette doctrine des legs finit par prendre une extension bien plus considérable que la doctrine de l'*heredis institutio*. Enfin le testateur, par son testament, pouvait encore manifester sa volonté sur différens points du droit des personnes soumises à sa puissance; ainsi il pouvait ordonner l'affranchissement de son esclave (§ LXIII), ou désigner le tuteur soit de ses enfans impubères, soit de sa femme, circonstance dont les douze Tables faisaient mention (§ LXXX); mais il est difficile de croire qu'à cette époque on pût déjà prononcer une adoption par testament.

§ CXII. *Succession ab intestat.*

GAJI *Instit.* p. 127 et suiv.
ULP. 26. *De legitimis heredibus.*
INSTIT. 3, 1. *De hereditatibus, quæ ab intestato deferuntur.* 2. *De legitimâ adgnatarum successione.* 6. *De gradibus cognationis.*
DIG. 38, 16. *De suis et legitimis heredibus.*

A défaut de testament, l'hérédité était déférée suivant l'ordre de la succession légitime immédiate (*legitima hereditas*, mot qui ne se retourne pas, et qui n'est pas simplement la *justa hereditas*, dans Varron: *V.* § LIX, note 1), succession en vertu de laquelle une parenté constante entre les personnes donnait aussi, en pareil cas, un droit à cette succession. Peu à peu, s'établit dans la suite, le principe que le plus proche degré de parenté détruit entièrement le plus éloigné, même lorsque celui qui le possède ne veut pas en faire usage (*in legitimis hereditatibus non est successio*), circonstance qui dut souvent donner occasion à la cession judiciaire de l'hérédité (*in jure cessio*). Cependant, comme nous ne trouvons ce principe appliqué que lorsque le troisième degré de parenté n'existait plus, en telle sorte qu'il se peut fort bien qu'on ne l'ait point appliqué aux trois premiers degrés, ce qui alors aurait fait la dernière exception à la règle, il devient invraisemblable qu'on n'ait établi dans la suite ce principe que seu-

lement à cause de la *bonorum possessio*, succession introduite par le Préteur. Nous devons faire remarquer que, contre l'usage adopté maintenant parmi nous, les jurisconsultes romains ne s'occupaient point en cette occasion des différens degrés de parenté consanguine.

§ CXIII. Suus heres.

L'héritier sien *suus heres*, mots dont on n'admet pas l'inversion, et à l'occasion desquels cette remarque, applicable à tous les termes techniques composés, a été faite pour la première fois, l'héritier *sien* est celui qui précède tous les autres dans l'ordre des parentés ou rapports dont il s'agit ici. Les douze Tables le nomment expressément, mais ce qu'elles en disent suppose, plutôt qu'il ne règle, son droit héréditaire (§ CIII, note 2). De sorte qu'il n'en est parlé que par opposition avec l'héritier simplement légitime. Ce nom, dont les modernes ont dérivé le terme de *suitas*, n'avait pas la signification que les jurisconsultes romains lui donnèrent ensuite, et suivant laquelle il désigne une personne qui a hérité en quelque sorte d'elle-même (1); mais il rappelait parfaitement la dépendance dans laquelle l'héritier s'était trouvé de l'individu décédé. On appelait affectivement *suus heres* celui qui, à l'époque de la mort du propriétaire dont il venait recueillir les droits, se trouvait encore sous sa puissance paternelle,

ou sous sa main, ou bien qui s'y trouverait si ce dernier vivait encore; d'où il suit naturellement que ce possesseur, auquel on succédait, ne pouvait être qu'un homme. Dans les deux cas, ce n'est point en considération du degré que l'héritier *sien* succède, mais uniquement parce qu'il se trouve placé auprès de lui d'une manière immédiate, c'est-à-dire, parce qu'il n'y a aucune personne sous la puissance de laquelle il doive tomber après la mort du propriétaire; car, si cette personne existait, ce serait à elle que devrait échoir l'hérédité qui tombe au pouvoir de l'héritier sien (§ CI). Du reste, on avait égard ici à ce qu'on appelait la ligne directe dans le droit romain, même lorsqu'il s'agissait de déterminer la part qui devait revenir à chacun (*in stirpes dividitur*). Rien ne nous autorise à penser qu'on admît, sous ce rapport, quelque différence entre le fils de famille (*filiusfamilias*) et la femme en puissance de mari.

(1) Gajus en a fait un mot technique grec: αυτοκληρονομος

§ CXIV. *Agnats.*

A défaut d'héritiers *siens*, la loi appelle à la succession le plus proche des agnats (§ LXXVII). Il n'y a absolument qu'une personne libre qui puisse avoir un agnat, à moins, ce que nous ignorons, que, dans la classe des affranchis, l'adoption ou l'*in*

manum conventio ne produisît également quelque chose d'analogue. Cette espèce de parenté, dont il est parlé expressément dans les douze Tables, se détermine uniquement par le degré auquel un individu se trouve placé, sans qu'on s'occupe de savoir s'il descend d'un ancêtre proche ou éloigné du défunt. L'égalité de degré donne l'égalité dans les parts (1). On ne songeait point encore à distinguer les parens consanguins des autres agnats (§ LXXVII, note 4).

(1) Gajus se borne, il est vrai, à dire (dans la LL. Mos. et Rom. coll. 16, 2.): *Jamdudùm placuit, in capita dividendam hereditatem;* mais cependant il ne paraît pas que jamais un autre usage ait existé, ou du moins qu'il ait existé au temps des douze Tables.

§ CXV. *Gentilité.*

Ulp. 27. *De libertorum successione.*
Instit. 3, 7. (8). *De successione libertorum.*

Après le plus proche agnat, la loi appelle les *gentiles* (1); mais ici une question qui nous a déjà occupé (§ LXIX), acquiert un plus haut degré d'intérêt; c'est de savoir si, dans les douze Tables, indépendamment du passage rapporté plus haut, il s'en trouvait encore quelque autre où il fût parlé du patron d'un affranchi, et duquel il pût résulter que l'hérédité légitime était réglée, par les douze Tables, d'une manière différente selon qu'il s'agissait de l'hérédité d'un homme né

libre, ou bien de celle d'un affranchi (2). Le doute ne repose pas sur le point de savoir si le patron Patricien et son fils pouvaient hériter de l'affranchi, au cas où celui-ci ne laisserait point de testament ni d'héritier sien, car l'affirmative de cette question n'est pas douteuse; mais il s'agit seulement de savoir si le patron Plébéien jouissait déjà du même droit, et si les douze Tables renfermaient quelque passage ayant trait à cet objet, ou bien si le patron et son fils étaient nécessairement, parmi les *gentiles*, ceux dont on n'avait pas plus besoin de faire, dans la loi, une mention particulière, qu'il n'était nécessaire d'indiquer, dans cette même loi, la différence entre l'agnat et le consanguin. En un mot, héritait-il en vertu de la race (*stirpe*), comme le dit Cicéron, et lors même que d'autres prétendaient hériter en vertu de la famille (*gente*)? Celui qui, lors de l'émancipation d'un homme libre, lui avait accordé la liberté, était aussi considéré comme patron à l'égard de celui-ci, mais il n'est dit nulle part que les autres parens se trouvassent dans le même cas. Après les agnats de l'homme libre et le patron de l'affranchi, venaient les simples *gentiles*. Ces derniers, en prenant le mot dans le sens où il désigne non-seulement ceux qui pouvaient laisser une succession soumise à une curatelle, mais encore ceux qui pouvaient hériter et être curateurs eux-mêmes, c'est-à-dire, les grands *gentiles*,

qui sans doute étaient toujours Patriciens d'origine; ces derniers, dis-je, avaient un droit d'hérédité, non pas uniquement lorsque d'autres individus qui étaient tout-à-fait leurs égaux venaient à mourir sans laisser ni testament, ni héritiers siens, ni agnats, mais encore lorsque la mort enlevait un affranchi ou les descendans d'un affranchi, et il est probable que ce fut surtout par rapport à eux que les autres bases de l'hérédité furent assujetties à tant de restrictions (3).

(1) On trouve ces paroles, d'après Ulpien, mais très-altérées, dans la LL. Mos. coll. (16, 4) : SI CNATUS NESCIT, GENTILES FAMILIAM HERES HANC, d'où l'on fait : SI AGNATUS NEC ESCIT (et peut-être HERES), GENTILIS FAMILIAM NANCITOR. Mais le pluriel GENTILES est toujours employé dans la *Collatio*. HERCISCANT est encore plus mauvais.

(2) Le texte des douze Tables, tel qu'il a été rétabli par les modernes, offre bien, dans la cinquième Table, un passage où il est parlé positivement du droit du simple patron, dans le sens qu'on attacha par la suite à ce mot, sur l'hérédité d'un affranchi; mais rien ne constate que ce passage ait réellement fait partie du texte primitif de la loi. On se fonde uniquement, pour le croire, sur ce que, dans le *fr.* 195. § I. *D.* 50, 16, non pas Gajus en parlant des douze Tables, mais Ulpien, à l'occasion de l'Édit, prétend que *familia* signifie aussi les personnes, et qu'ainsi, par exemple, lorsque la loi des douze Tables parle du patron et de l'affranchi, elle emploie la double locution de *ex eâ familia* et *in eam familiam* dans le même sens. Ceci nous fournit une occasion de faire voir combien peu on a su tirer parti de Théophile en cette occasion. Ce jurisconsulte, non pas, il est vrai, en

traitant de la succession, mais en parlant de l'analogie qui existe entre le droit de succéder et l'obligation de supporter les charges de la tutelle (1, 17), rapporte un passage des douze Tables, qu'à la vérité il ne cite pas textuellement, mais dont il donne positivement le sens, tel que le voici : « Si un « affranchi ou une affranchie meurt sans enfans et sans tes« tament, sa succession doit être dévolue aux patrons ou « aux enfans des patrons ». Ce qui prouve que cette règle ne pouvait pas exister en ces termes dans les douze Tables, c'est qu'il y est dit que tous les enfans n'étaient pas préférés indistinctement au patron, et qu'il n'y avait que ceux appelés *sui* qui le fussent : or, à l'époque où écrivaient les Décemvirs, un affranchi ne pouvait pas avoir d'enfans siens.

(3) Une des restrictions les plus importantes serait celle que j'ai établie dans ma *Dissertatio de fundamento successionis ab intestato ex jure Romano antiquo et novo.* (Gœttingue, 1785, in-4°), et qu'ensuite, dans mon Journal de jurisprudence (*Civilistiches Magazin*, tom. II, p. 101, 128), j'ai défendue contre quelques objections sans fondement qui m'avaient été faites, celle entre autres que Justinien enseigne une doctrine différente. Cependant depuis j'ai abandonné cette opinion qui tendait à établir que, dans les temps anciens, les femmes étaient exclues de la succession *ab intestat*, et que dans cette exclusion se trouvaient également enveloppés leurs descendans, les agnats, ainsi, très-certainement, que la fille en puissance de mari, la mère par rapport à ses enfans, et, dans la suite, les agnates elles-mêmes. Ce qui m'avait porté à former cette conjecture, c'est que la loi VOCONIA excluait les filles de la succession testamentaire et que, chez les Germains, les femmes n'héritaient jamais des immeubles. En effet, pourquoi le motif qui s'oppose en Allemagne à la succession des filles, c'est-à-dire, celui que *la femme ne protége pas*, n'aurait-il pas eu autant de valeur chez les Romains, qui n'étaient pas moins guerriers quel

habitans de la Germanie? N'est-il pas nécessaire, pour être d'accord avec les règles de l'analogie, d'admettre qu'à l'égard de la succession des femmes, les principes devaient être identiquement semblables chez deux peuples également ennemis de la polygamie, et alors si cette similitude est adoptée, quelles conséquences ne peut-on pas faire découler du témoignage unanime des auteurs, entre autres d'Ulpien, (29, 4), qui tous nous apprennent que, dans les premiers temps de la fondation de leur ville, les Romains n'avaient aucun égard aux femmes, quant à l'application du droit civil? Ils n'établissaient, sous le rapport de la succession, aucune distinction entre les choses mobiliaires et les immobiliaires. M. de Lœhr a fait remarquer avec beaucoup de justesse, dans le Mémoire dont j'ai parlé plus haut (§ LXXIX, note 1), qu'au moyen de la tutelle perpétuelle à laquelle les femmes étaient soumises chez eux, les Romains arrivaient facilement au même but que d'autres peuples ne pouvaient atteindre qu'en excluant entièrement les femmes de la succession. Nulle femme, chez eux, ne pouvait rien donner, soit à son époux, soit à ses enfans, sans le consentement de ceux à qui elle enlevait l'objet dont elle voulait faire ainsi donation.

§ CXVI. *Réflexions générales.*

Les douze Tables ne faisaient pas mention particulière de la manière dont la succession était acquise par l'héritier légitime; mais il n'y a aucune raison pour ne pas croire que les principes admis quant aux héritiers testamentaires ne fussent également applicables à ce cas, lorsque des circonstances particulières ne s'y opposaient point.

On se demande maintenant quel était le sort d'une succession qui n'était acquise ni en vertu d'un testament ni *ab intestat*. Il n'est point encore question que l'État (*fiscus*) eût un droit exclusif en général sur une telle succession, et il est très-probable qu'alors, on considérait une succession sans héritiers de la même manière qu'on envisageait toutes les autres choses qui n'avaient pas de maître (§ XC), avec la seule différence que, quand il ne se présentait pas d'héritier, les charges retombaient sur la personne qui acquérait, par tradition, la propriété romaine de la majeure partie de cette succession. (1)

(1) Cicer. *De* LL. 2, 19. La *sacra* s'empare *tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quæ ejus fuerint quum moritur, usuceperit plurimùm possidendo.*

§ CXVII. *Acquisition d'une fortune entière sans cause de mort.*

Gaii *Instit.* p. 149, 150.
Instit. 3, 10, (11). *De adquisitione per adrogationem.*

On peut acquérir une masse entière de biens autrement qu'à cause de mort, soit par l'effet de la *maxima capitis diminutio*, qui, du reste, n'est point indiquée ici d'une manière spéciale, soit par celui de la *minima capitis diminutio*, c'est-à-dire lorsqu'un homme jusqu'alors indépendant tombe sous la puissance d'un autre. Ainsi on pouvait acquérir à titre universel tous les biens de

tantif formé d'un verbe avec la terminaison *tio* ou *tus*, n'indiquait pas toujours un événement, et comme si ce n'était pas la même chose de dire : *obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis adstringat*, ou *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur.*

(2) Quelques-uns des motifs rapportés dans le *Civilistiches Magazin* (tom. IV, p. 23), ne sont pas applicables aux premiers temps de Rome ; d'ailleurs les noms sous lesquels les jurisconsultes désignèrent par la suite les actions, dans leur application à chaque obligation en particulier, sont d'une origine bien postérieure.

§ CXIX. *Rapport entre le créancier et le débiteur.*

Gaji *Instit.* p. 151, 187.
Instit. 3, 13, (14). *De obligationibus.*

Le mot *obligation* n'est devenu un terme technique que dans le cours de la troisième période. Il est probable que le terme de *nexus* le remplaçait auparavant. Les obligations se partagent en civiles et honoraires ou prétoriennes (1), division qui, sous plusieurs rapports, existe également dans la doctrine des personnes et dans celle des choses. Les obligations civiles sont proprement les seules dont nous devions nous occuper, parce que ce sont aussi les seules dont il puisse résulter une action. Une obligation civile (*obligatio civilis*) est celle en vertu de laquelle un individu (appelé *reus* dans les douze Tables (2), et *creditor* dans la suite), a le droit d'en

forcer un autre, par une action juridique, à remplir ses engagemens, quelque difficulté que ce dernier puisse éprouver à cet égard, et quand bien même il lui faudrait pour cela sacrifier sa liberté personnelle, c'est-à-dire sa condition et tous ses droits. L'obligation qu'on appela dans la suite *naturelle* (*obligatio naturalis*), est tout le contraire de la précédente; elle a seulement pour résultat de maintenir tout ce qui a pu être exécuté en vertu de ses termes, par conséquent d'empêcher qu'il puisse être intenté d'action pour obtenir la résolution de ce qui a été fait en conséquence, et dès lors, qu'elle ne soit pas considérée comme ayant été remplie. Mais les Romains n'examinaient pas la question de savoir s'il peut exister une obligation indépendamment de tout lien de droit positif, c'est-à-dire s'il peut exister un devoir de conscience, et par conséquent si l'*obligation naturelle*, pour emprunter le langage de Thomasius, doit appartenir au droit naturel ou à la morale. Il ne venait à l'esprit d'aucun jurisconsulte d'appeler *obligations* les devoirs que nous sommes obligés de remplir envers la société, c'est-à-dire envers tous les hommes en général. Toutes les fois qu'on employait ce mot, on sous-entendait nécessairement qu'il s'était passé quelque événement à la suite duquel on s'était trouvé obligé d'une manière particulière envers une personne désignée.

(1) Il est dit seulement dans les Institutes (§ 1, *h.*) *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur : namque aut civiles sunt aut prætoriæ.* Ces dernières n'étaient dans le principe que de simples obligations naturelles. Il se passa bien du temps avant qu'on en fît dériver le droit de contrainte. Gajus (*Fr.* 1. § 1. *D.* 46, 2), lorsqu'il dit : *Utrùm naturalis, an civilis, an honoraria*, désigne d'une manière bien plus positive les trois genres d'obligations.

(2) Dans le passage connu AST SI PLURES ERUNT REI.

§ CXX. *Espèces d'Événemens obligatoires.*

Comme il n'est parlé que des obligations civiles, et non de celles qui sont purement naturelles, dans les traités généraux des anciens sur le droit civil des Romains, il en résulte nécessairement aussi que l'origine des premières est la seule sur laquelle on trouve des documens dans ces mêmes traités. Les jurisconsultes citent ensuite toujours deux classes de ces obligations, suivant qu'elles naissent d'un contrat (*ex contractu*) ou d'un délit (*ex delicto*, *ex culpâ*, dans les lois romaines des Wisigoths) ; c'était la marche suivie par Gajus, comme nous le savions déjà par l'extrait de son ouvrage (1). Le même écrivain place encore dans un autre endroit, une troisième sorte d'obligation : *proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* Il paraît plus convenable, dans un traité dogmatique sur le droit civil, d'adopter cette classe, que de suivre les Institutes, qui en

admettent quatre, savoir, après les deux que nous venons d'énumérer, les *quasi-contrats* à la suite des contrats, et les *quasi-délits* après les délits.

(1) Gaji *Instit.* A la suite du *Theodos. cod.* 2, 9. *pr.*

§ CXXI. *Contrats.*

I. Le mot *contrat* ne se trouve pas dans les douze Tables. Les jurisconsultes romains postérieurs à cette époque y attachent toujours un sens déjà un peu restreint, qui le rend synonyme d'*obligatio* et de *vinculum*, comme aussi de *nexus*; ainsi ils ne s'en servent que pour désigner les affaires dans lesquelles, de nos jours, nous supposons avant tout l'existence d'un pacte ou d'une convention (*pactum*, *conventio*). Mais les Romains n'allaient pas aussi loin que nous, ils se contentaient de dire qu'un contrat est tout acte dans lequel on peut apercevoir la trace d'une convention (1). Ils n'admettaient point que tout acte valût un contrat, mais certainement, et surtout à l'époque dont nous nous occupons, ce n'était pas qu'ils fussent moins rigoureusement esclaves de leur parole que d'autres peuples du même temps (§ XXXV). Il se peut qu'il y eût peut-être déjà des cas dans lesquels il était possible d'intenter une action en vertu d'un pacte, c'est-à-dire de plaider qu'il existait une cause civile (*causa civilis*, comme elle est appelée dans

le *fr.* 49, § 2. *D.* 15, 1), ce qui l'érigeait en contrat; mais en admettant que dès ce même temps il existât déjà de semblables cas, il est très-certain aussi qu'il n'y en avait encore que deux, auxquels s'en adjoignirent par la suite deux autres. Ces deux cas étaient 1° lorsque la poursuite était fondée sur la tradition faite par le demandeur d'un objet quelconque (*res*); 2° lorsque, dans une promesse verbale (*verba*) (2), on avait observé toutes les formalités prescrites par les usages romains. Cependant il se pourrait aussi que, dans le second cas, c'est-à-dire à l'occasion d'une promesse verbale, on eût été obligé de prouver l'existence du premier cas, c'est-à-dire de rapporter la preuve d'une tradition faite en vertu de cette promesse.

(1) *Fr.* 1. § 3. *D.* 2, 14. *Adeò autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem* (a), *quæ non habeat in se conventionem.*

(2) Ces mots *nexus*, *ûs*, et *nexum*, se rencontrent avec une terminaison antique dans Cicéron, dans Varron, dans Festus, et même dans Servius. (*Voy.* plus haut, § LXXIV), qui tous les emploient comme un terme technique fort important. Les jurisconsultes romains les font dériver, sans aucun fondement, de *nec suum*, et n'y attachent que le sens le plus vul-

(a) Est-ce là seulement une autre expression pour rendre la même idée, ou le mot *obligation* a-t-il ici un sens différent de celui du mot *contrat?* C'est ce que nous ne pouvons pas déterminer, puisque nous ne savons même point à quelle époque cette remarque a été faite pour la première fois.

gaire, celui de lien. La définition de ce mot par *quod per æs et libram fit*, si l'on en excepte tout au plus la mancipation, suppose l'existence d'une obligation *re*, ou parfaite par la chose, c'est-à-dire réelle et prouvée, ou en d'autres termes, ce dont un individu devait être redevable envers un autre : et dans cette même cirsconstance, on avait encore égard à la manière dont cet individu s'était exprimé lors de l'obligation (*id quod linguâ nuncupassit*), c'est-à-dire à ce qu'il y a d'essentiel dans une obligation verbale. Peut-être est-ce de là que naquit dans la suite le principe que l'une des deux conditions suffit pour engendrer l'obligation, et que les paroles (*verba*) engagent sans qu'il soit besoin de la formalité de l'*æs et libra*. C'est à peu près ainsi que par la suite du temps le testament, dans lequel la formalité d'*æs et libra* avait joué aussi un rôle essentiel, finit par devenir verbal, même sans qu'il y eût vente simulée (*familiæ mancipatio*). Le mot *stipulatio*, dont la terminaison est moderne, et dont la racine (*stips*) annonce qu'originairement, dans ce cas, on pesait de l'argent, n'est point désigné comme inscrit sur les douze Tables ; mais la maxime : UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO, était tacitement transportée du cas où il y avait *nexus* à celui où il y avait *stipulatio*.

Dans les douze Tables les termes d'*æs confessum*, *depositum*, *nexum*, et même celui de *fœnus*, sont employés comme noms de contrats. Il est très-vraisemblable que l'ordre d'après lequel Gajus et les Institutes passent d'une espèce de contrat à un autre, était celui que les anciens Romains avaient suivi. (*Voy.* ci-dessus, § II, note 1). Il ne peut pas être encore question, à l'époque dont nous traçons l'histoire, du contrat parfait par l'écriture (*litteræ*), ni des contrats parfaits par le seul consentement (*consensu*).

§ CXXII. *Contrat parfait par la chose.*

Gaji *Instit.* p. 151.
Instit. 3, 14. (15). *Quibus modis re contrahitur obligatio.*

Quand un individu veut intenter une action après avoir livré quelque chose, on distingue comment il a fait cette tradition. Il peut l'avoir faite de deux manières différentes, car son intention, dès le principe, était ou seulement de recouvrer la chose même qu'il avait livrée, ou du moins, d'échanger cette chose contre une autre ou contre un service. Les cas de la première espèce, ainsi que les contrats par *verba, litteræ* et *consensus*, portent des noms particuliers, tandis que ceux de la seconde n'en ont point reçu. Les Romains, dès le temps dont nous traçons l'histoire, font déjà cette distinction, mais sans se servir, pour l'exprimer, des termes de contrats nommés (*contractus nominati*) et contrats innommés (*innominati*), dénominations qui ont été introduites par les modernes. Ainsi les deux manières de contracter l'obligation par tradition de la chose, existaient déjà certainement à l'époque qui nous occupe. Nous trouvons ensuite dans les anciens jurisconsultes romains l'indication de quatre contrats de la première espèce; ces contrats, les modernes, pour les désigner, emploient sans réflexion les mots de *mutuum, commodatum,*

depositum et *pignus*, tandis que, chez les anciens, on nommait ainsi la chose même qu'on donnait de l'une de ces manières, et que, pour désigner l'action ou l'opération de la livrer, on se servait plutôt du terme *mutui datio*, ou d'autres circonlocutions semblables. Mais il peut très-bien se faire qu'au temps des douze Tables la langue latine ne fût point encore aussi riche qu'elle le devint par la suite, et que les Romains d'alors n'eussent que deux mots, savoir : 1° *æs* (1), ou, dans la suite, *res creditæ* et *mutuum*, pour désigner le cas dans lequel il suffisait de restituer une chose de la même nature et en même quantité que celle qu'on avait reçue ; et 2° *depositum* (2), lorsqu'il fallait restituer l'objet en nature, c'est-à-dire la même espèce de chose (*species*). Quant à la première hypothèse, des découvertes récentes (3) nous ont appris que, dans la suite, et même très-vraisemblablement déjà durant la première période (4), on avait bien soin de distinguer si la chose qu'on livrait ainsi en propriété à une autre personne était de l'argent comptant (*pecunia certa credita*; et même, dans la Gaule Cisalpine, de l'argent romain, *s. f. p. p. r.*, c'est-à-dire, *signata formâ publicâ populi Romani*), ou si elle était d'une autre nature. Au reste, Gajus passe rapidement sur l'obligation parfaite par la chose, et ce dont il s'occupe aussitôt après, c'est du payement de la chose dont on croit à tort être redevable (*in-*

debiti solutio); mais, ni dans son ouvrage, ni dans les Institutes, il n'est parlé en cet endroit du serment, dont cependant l'Édit perpétuel et les Pandectes traitent en cette occasion.

(1) Aulu-Gelle répète deux fois (15, 13. et 20, 1.) qu'on trouvait ÆRIS CONFESSI dans les douze Tables.

(2) Il est dit dans LL. MOS. COLL. 10, 7.: *Ex causâ depositi lege XII Tabb. in duplum actio datur.* Cette règle ne fut plus appliquée dans la suite.

(3) Ces découvertes sont celles de l'inscription d'Héraclée (*Civilistiches Magazin*, tom. III, p. 358), de la loi de la Gaule cisalpine (*lex de Galliâ cisalpinâ*), dans laquelle il n'est question que du *duci jubere*, *in municipium*, ordonné par l'autorité. *Voyez* chap. XXI, comparé avec le chap. XXII, où il s'agit aussi du *bona possideri*, que le *magistratus populi romani* prescrit. (*Civilistiches Magazin*, tom. II, p. 447 et 484.)

(4) Tite-Live (8, 28) parle de *pecunia credita* à l'occasion de la fin du contrat, et Aulu-Gelle dit (20, 1): *Maximè in pecuniæ mutuatitiæ usu.* Il se pourrait qu'on trouvât un vestige de cet usage dans cette action, appelée *depensi actio*, et placée par Gajus, avec l'action en exécution de jugement (*judicati actio*), parmi celles auxquelles peuvent donner lieu les sûretés exigées par les plaideurs au commencement des procès (*satisdatio* et *vadimonium*), mais sur laquelle nous ne trouvons aucun document dans nos sources.

§ CXXIII. *Contrats innommés.*

Les divers cas que les modernes désignent sous les noms de contrats innommés, tel que celui par exemple où la convention se réduit à

l'obligation de donner une chose, afin que, par réciprocité, on donne ou que l'on fasse quelque autre chose, *do* (et non pas uniquement *dabo*) *ut des*, ou *ut facias*, et peut-être aussi celui où l'on consentait à faire quelque chose pour qu'en échange on en fît ou qu'on en donnât une autre, *facio* (et non pas *faciam*) *ut des* ou *ut facias* (1): ces divers cas, disons-nous, devaient sans doute déjà, dès cette époque, donner lieu à des actions. Cependant Gajus et les Institutes n'en parlent pas, et il n'est pas très-certain que ces sortes d'obligations fussent alors regardées comme des contrats. Il est probable cependant que l'on songea à forcer de les exécuter, lorsqu'il s'agissait par leur moyen d'obtenir une restitution, bien avant qu'on eût pensé à s'en servir pour faire remplir un engagement.

(1) *Voy.* le Mémoire dans lequel M. le professeur Reichhelm a essayé de prouver que les Romains ne connaissaient pas plus de deux espèces de contrats innominés, *do ut des* et *do ut facias* (*Gœttingische gelehrte Anzeige*, c'est-à-dire Indications savantes de Gœttingue, 1800; p. 1878. 1880). Il est dit expressément, dans le *fr.* 5. § 3. *D.* 19, 5. : *Quod si faciam ut des, et posteà quàm feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideò de dolo dabitur.*

§ CXXIV. *Contrats parfaits par les paroles.*

Gaji *Instit.* p. 152.

Instit. 3, 15. (16.) *De verborum obligatione.* 18. (19). *De divisione stipulationum.*

Dig. 45, 1. *De verborum obligationibus.*

Tous les contrats, sans en excepter ni les contrats synallagmatiques ou bilatéraux qui stipulaient, c'est-à-dire qui contenaient une obligation réciproque, non plus que ceux de bienfaisance, pouvaient donner matière à une action civile (§ CXXI), lorsque, suivant la coutume romaine, ils étaient composés d'une interrogation verbale (*stipulatio*, *interrogatio*) adressée par celui qui devait être créancier, et d'une réponse verbale à cette demande (*sponsio*, *responsio*, *promissio*) faite par l'autre partie. Cette composition de termes avait de l'analogie avec la formule d'après laquelle se rendait un Plébiscite, qu'on appelait aussi à cause de cela *communis reipublicæ sponsio;* elle en avait également avec le serment, qui se composait aussi d'une demande et d'une réponse verbales. Il fallait nécessairement du temps pour que les parties pussent choisir des mots solennels, en sorte qu'elles devaient avoir mûrement réfléchi avant de s'engager. Ce n'est pas là toutefois un motif suffisant pour croire qu'on dût attacher beaucoup d'importance aux expressions employées par les stipulans. La *Sti-*

pulation au surplus est un contrat qui ne peut prendre naissance que dans un pays de médiocre étendue, et chez un peuple dont les relations sociales sont restreintes. Néanmoins elle se maintint à Rome long-temps encore après que la république eut cessé de se trouver dans des conditions telles que celles que nous venons de citer et qui avaient contribué à l'introduire. Toutefois elle exigeait toujours, au moins de la part du créancier qui prononçait l'interrogation (*dare spondes?*), qu'on fût Romain (1).

(1) L'exception que Gajus établit pour les pactes nationaux avec les peuples étrangers est presque ridicule.

§ CXXV. *Différentes espèces de stipulations.*

On pouvait aussi faire l'objet d'une stipulation d'une affaire dans laquelle on n'avait qu'à opérer un simple changement dans la forme et ajouter des clauses. Ce cas se présentait lorsque, dans un procès, ainsi qu'il arriva très-fréquemment, du moins par la suite, l'une des deux parties était obligée de promettre quelque chose à sa partie adverse, ou bien lorsqu'il intervenait soit un *adstipulator* (1) du côté de celui qui se faisait promettre une chose quelconque, soit une caution (*fidepromissor* ou *fidejussor*) de la part de celui qui promettait.

(1) Nous rencontrons dans Cicéron ce terme qui a dis-

paru dans nos sources, mais dont la découverte du manuscrit de Gajus a donné la clef. On l'employait dans les cas, assez fréquens, où le créancier ne pouvait pas intenter lui-même l'action.

§ CXXVI. *Digression sur la Doctrine du* FOENUS.

DIG. 22, 1. *De usuris et fructibus.*
COD. 4, 32. *De usuris.*

Gajus et les Institutes gardent un silence profond sur un point de doctrine qui joue cependant un rôle fort important dans le droit romain, et dont s'occupent ceux-mêmes qui ne remontent pas, pour trouver la source du droit, jusque chez les Romains. J'entends parler de ce que le débiteur d'une somme d'argent était obligé de donner pour l'usage qu'il en faisait (*usura*, employé aussi au pluriel *usuræ*), et qui forme en quelque sorte le rapport ou le produit de cet argent. C'est là ce qu'on appelait *fœnus*, mot dérivé de *feo*, comme en grec τόκος de τίκτω, et ce qui portait quelquefois le nom de *versura*, quoiqu'à la vérité ce terme ne se rencontre jamais dans les écrits des jurisconsultes (1). Nous employons aujourd'hui, pour désigner cette redevance, d'autres termes qui n'y ont été appliqués que dans des temps modernes et par une sorte de ménagement. Ces termes sont ceux de *rente* (en allemand *zinsen*, de *census*), et d'*intérêt* (de *id quod interest*). Ce revenu, dans la perception duquel l'avarice des

Romains(§ XXXV note 2) se déployait plus que partout ailleurs, était presque aussi ordinaire que celui de la culture des terres. On le recevait tous les mois; il était en usage de stipuler à cette époque le nombre de jours de la seconde moitié du mois suivant, à partir desquels il y en aurait encore telle quantité à s'écouler jusqu'au commencement du second mois, c'est-à-dire jusqu'au moment de l'échéance; c'était là ce qui annonçait ce terme, que tant de personnes à Rome voyaient arriver les unes avec crainte, les autres avec espérance. L'intérêt était fort élevé dans toutes les circonstances, et on ne peut guère douter que les douze Tables ne l'eussent déjà fixé à un taux que le créancier prêteur ne pouvait dépasser. Quoique dans la suite on ait souvent établi ce taux sur une base différente, et qu'on ait encore cherché d'autres moyens pour venir au secours des débiteurs malheureux, la nécessité où l'on était d'avoir recours presqu'à chaque instant à des mesures nouvelles, indique assez combien chacune d'elles répondait peu au but qu'on s'était proposé d'atteindre. C'est là, à proprement parler, ce qu'il y a seulement d'essentiel dans le point de doctrine dont nous nous occupons. Le désir d'arriver sous ce rapport à une précision exacte et rigoureuse, désir toujours louable en lui-même, a pu seul engager de certains critiques à se donner une peine extrême pour expliquer le

fœnus unciarum établi par les douze Tables, suivant Tacite, et surtout à l'expliquer de manière à empêcher que ce taux ne se trouvât en contradiction et avec les expressions dont les Romains se servirent dans la suite pour le désigner, et avec l'ordre naturel des événemens (2). Le mot *uncia*, qui exprime une douzième partie, désigna plus tard un rapport avec un autre taux, c'est-à-dire avec la *centesima usura*, de manière qu'*un pour cent par mois*, ou, pour se conformer à notre manière de parler, *douze pour cent*, s'entendait du taux annuel de l'intérêt. D'autres auteurs, trouvant qu'il était impossible que la loi des douze Tables eût fixé ce taux à *un pour cent* seulement, et qu'un plébiscite postérieur, sur le *semunciarum fœnus,* eût ensuite réduit ce même intérêt déjà si modique à *un demi pour cent*, d'autres auteurs n'ont point voulu avoir égard au douzième exprimé par le mot *uncia*, et ils ont regardé *l'unciarum fœnus* comme synonyme de la *centesima usura*, sans alléguer pour cette analogie et cette interprétation d'autre motif, sinon qu'un mois est la douzième partie d'une année. Mais il est plus vraisemblable que le mot *douzième* se rapporte au capital de la dette elle-même qui forme alors l'entier, et quoiqu'à la rigueur on puisse comprendre ce terme abstraction faite de toute détermination du temps, ou même au besoin le regarder comme l'expression du revenu men-

suel (3), cependant l'opinion de ceux qui pensent qu'on doit entendre par là des douzièmes annuels, réunit bien plus de probabilités en sa faveur. Niebuhr a jusqu'à un certain point confirmé cette hypothèse, en démontrant naguère qu'elle correspond exactement avec quelques indications qui, à la vérité, nous sont fournies par une époque plus recente, et à une desquelles Schrader a fait encore subir des corrections essentielles; mais d'un autre côté aussi il l'a rectifiée, en prenant pour base du calcul l'année cyclique de dix mois, et fixant ainsi le taux de l'intérêt de *huit èt un tiers* à *dix pour cent*, sans cependant augmenter cette correspondance (1).

(1) Tacite se sert une fois (*Ann.* 6, 16) du mot *versura* pour dire que l'intérêt est défendu. On ne doit pas entendre par ce mot l'emprunt de l'argent en général, quoiqu'on puisse interpréter de la sorte le passage dans lequel Cicéron (*ad Attic.* 5, 21) rapporte que les habitans de Salamine ne pouvaient pas *versuram facere* à Rome, à cause de la loi *Gabinia*.

(2) Tacite (*Ann.* 6, 16) est en opposition avec Tite-Live (7, 16. et 27.). Montesquieu dit (*Esprit des Lois*, XXII, 22,) que pour peu qu'on soit versé dans l'histoire de Rome, on verra qu'une loi pareille ne devait point être l'ouvrage des Décemvirs. Gibbon répond avec raison à cette assertion, en demandant si Tacite était un ignorant ou un homme dénué de jugement.

(3) Combien de fois ne voit-on pas un créancier se plaindre de ce qu'il a déjà payé au delà de son capital, mais sans acquitter autre chose que les intérêts! Tite-Live nous en fournit

un exemple (6,14). Cependant lorsqu'on lit attentivement le passage de cet historien, et qu'on le rapproche du reste du texte, il n'est pas permis de penser qu'il s'agisse là d'un intérêt illégitime. Plus tard, mais, il est vrai, dans un cas particulier, on permit de prendre jusqu'à cinquante pour cent (*Civilistisches Magazin*, tom. III, p. 358). On ne peut pas soutenir que celui qui a besoin d'argent aime mieux vendre ses biens même à moitié perte que d'emprunter à un pareil taux, et que par conséquent un intérêt aussi exorbitant est impossible, lorsqu'on réfléchit en même temps combien il est fréquent qu'un emprunteur, au moins dans le premier instant où il contracte la dette, n'ait l'intention de se grever que pour un terme très-court seulement, combien il est fréquent aussi que le bien qu'on serait obligé de vendre rapporte bien plus que ne coûte ce qu'on emprunte, et surtout enfin combien il arrive souvent qu'un homme trouve à emprunter sur la responsabilité de sa personne, une somme qu'il lui serait impossible de se procurer par la vente de ses biens.

(4) *Rœmische Geschichte*, c'est-à-dire *Histoire romaine*, tom. II, p. 431, 440. *Civilistisches Magazin*, tom. V, p. 180.

§ CXXVII. *Des sources d'obligations analogues aux contrats.*

INSTIT. 3, 27. (28). *De obligationibus quasi ex contractu.*

On ne peut disconvenir qu'il ne soit difficile de déterminer quels étaient alors les cas analogues à un contrat qui fussent susceptibles de donner lieu à une action civile. Cependant il est impossible que plusieurs de ces cas ne se soient pas offert. Ainsi, par exemple, celui de l'obligation du légataire envers les héritiers (ce que les mo-

dernes appellent *hereditatis aditio*), s'est présenté réellement. Tels étaient encore le cas de l'obligation du pupille envers son tuteur et quelques autres, qui, à la vérité, par la suite, n'ont plus été désignés sous ce nom. En justice, le plaignant obtenait également la restitution au double, quand la partie adverse avait nié l'obligation.

§ CXXVIII. *Acquisition de l'obligation par le ministère d'autres personnes.*

Gaji *Instit.* p. 171, 172.

Inst. 3, 28. (29). *Per quas personas nobis obligatio adquiritur* (1).

La maxime qu'on ne peut pas acquérir la propriété par un tiers, mais seulement par les personnes qu'on a sous sa puissance (§ CI), s'appliquait aussi à la question de savoir comment on pouvait devenir créancier par le ministère d'autres personnes. La cession (*cessio*) ne peut pas avoir l'effet de transférer à autrui une obligation; celle-ci au contraire s'éteint dans ce cas. Les personnes qui sont sous la puissance d'une autre, ne peuvent point acquérir non plus d'obligation pour elles-mêmes. Cette matière, lorsque le droit romain acheva de prendre la consistance d'un corps de doctrine, termine la série des considérations relatives aux obligations nées d'un contrat, ou de tout autre acte analogue, et auxquelles elles se rattachent effectivement d'une manière

plus naturelle qu'aux obligations qui résultent d'un dommage éprouvé.

(1) Il est surprenant qu'on n'ait point égard à ce titre lorsqu'on examine la question de savoir si le mot *obligation* entraîne aussi l'idée d'un rapport juridique avantageux. Le chapitre lui-même ne traite que de la manière dont on peut devenir créancier par d'autres. *Voy. Civilistiches Magazin*, (tom. III, p. 397 et 413), et même encore la huitième édition du Commentaire de Hœpfner (p. 214).

§ CXXIX. *Manière dont s'éteint une obligation.*

Gaji *Instit.* p. 172. 176.
Instit. 3. 29. (30). *Quibus modis obligatio tollitur.*

Gajus et nos Institutes fixent l'instant où l'obligation prend fin au moment même où la cause principale de cette obligation n'existe plus, et sans qu'il soit nécessaire d'attendre que la cause secondaire soit également épuisée. Les obligations s'éteignent d'autant de manières différentes qu'elles naissent (1), c'est-à-dire, qu'à l'époque dont il s'agit maintenant, elles ne cessent encore que par la tradition de la chose ou par les paroles, deux modes qui paraissent avoir été unis et confondus ensemble sous le terme de *nexu liberare*. L'obligation ne s'éteint, par la chose (*re*), qu'au moment du payement, et, par les paroles (*verbis*), qu'en vertu de l'*accepti latio* (dérivé peut-être de *ferme acceptum*?); mode qui est évidemment le contraire d'une stipulation. Les

modes particuliers de mettre fin à une obligation, désignés par la suite sous la qualification *per exceptionem*, n'étaient sans doute pas plus développés alors que ne l'était l'origine de l'obligation naturelle. La manière indiquée, parmi ces modes, sous le titre de *annalis exceptio Italici contractus* (2), en particulier, date d'une époque plus récente, comme le prouve le nom qu'elle porte, ainsi qu'une loi qui s'y rapporte, et dont Gajus fait mention (*voyez* plus bas § CLXVIII).

(1) *Fr.* 153. (195). *D.* 50, 17. *Ferè quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur.*

(2) *Const.* 1. *C.* 7, 40. *De Annali exceptione Italici contractûs tollenda.*

§ CXXX. *Délits contre le droit d'autrui.*

GAJI *Instit.* p. 176. 187.

INSTIT. 4, 1. *De obligationibus quæ ex delicto nascuntur.* 4. *De injuriis.*

II. Tout délit contre le droit d'autrui (*noxà*, *noxia*, *maleficium*, *delictum*, *culpa*) ne fournit pas matière à une action, et ne rentre point par conséquent dans la classe des obligations civiles. Mais très-souvent aussi, dans ce cas, l'action entraîne autre chose que la simple restitution, parce qu'alors elle tient lieu de la peine. Il suit naturellement de là que les héritiers du débiteur ne pouvaient, en cette circonstance, être poursuivis de la même manière qu'il l'eût été de son

vivant. Les quatre cas qui donnaient lieu à ce genre d'action, et que nous trouverons plus tard énoncés dans le droit romain, ne sont applicables qu'en partie dans la première période. Le vol (*furtum*) comprend toutes les soustractions frauduleuses, au moins de choses mobiliaires (1), soit qu'elles aient eu lieu ou non avec violence La division du vol en *manifeste* (*manifestum*), qui entraînait l'esclavage (*addictio*) (2), et en *non manifeste* (*nec manifestum*), qu'on punissait par la restitution au double (3), n'était pas précisément semblable à la distinction faite plus tard entre la rapine (*rapina*), et le vol proprement dit (*furtum*), quoiqu'elle ait beaucoup d'analogie avec cette dernière. Quant au vol qu'on désignait sous la qualification de *furtum lance et licio conceptum*, cette expression ne détermine pas une espèce particulière de vol, elle tient seulement à l'usage qu'on avait de donner aussi le nom de *furtum* à la chose volée elle-même (4). On rangeait pareillement au nombre des délits contre la fortune, l'emploi de matériaux de construction appartenant à une autre personne, lorsque le constructeur refusait de les rendre (§ XCI, note 3) (5), l'abattage des arbres d'autrui (6), l'usure et la transgression de la loi qui fixait le taux de l'intérêt de l'argent (7), l'infidélité du tuteur (8), et la revendication faite de mauvaise foi et sans titre (*vindicta falsa*) (9).

Quant à une foule d'autres dommages, tels que l'incendie occasioné par imprudence, et peut-être aussi tous ceux qui n'étaient pas prévus par les lois, et qui portaient une atteinte directe ou indirecte aux fortunes des particuliers, ils n'entraînaient qu'une simple action en dédommagement (10). Il y avait d'autres délits qui n'attaquaient point la fortune, mais la personne même l'individu lésé, de tels que la mutilation d'un membre (*membrum ruptum*), punie de la peine du talion, afin d'engager mutuellement par là les deux parties à s'arranger à l'amiable (11), la fracture d'une dent ou d'un os (*os fractum*) (12), et enfin les injures (13). Ces deux dernières espèces de délits entraînaient un simple dédommagement pécuniaire.

(1) D'après le § 7. *Instit.* 2, 6, il n'est pas encore facile de déterminer si le cas était déjà borné aux choses mobiliaires.

(2) Aulu-Gelle (11, *ult.*) rapporte la maxime des douze Tables, sans citer les propres paroles de la loi. Théophile (4, 12. *pr.*) l'appelle κιφαλίκην..... τιμωρίαν.

(3) Caton (*de re rusticâ*, *præf.*) dit que les lois prononçaient la peine d'une restitution au double contre le vol en général. Aulu-Gelle (*loc. cit.*) limite cette peine au vol *non manifeste*. Festus (*v. Nec.*) indique comme étant les propres termes des douze Tables : SI ADORAT (synonyme de *agit*, ainsi que lui-même nous l'apprend au mot *adorare*) FURTO, QUOD NEC MANIFESTUM ERIT.....

(4) Aulu-Gelle (*loc. cit.*) dit que les douze Tables avaient fait pressentir que les *furta quæ per lancem liciumque concepta essent*, devaient être considérés comme des vols *ma-*

nifestes. Festus explique ces mots de la manière suivante : *Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia, qui furtum ibat quærere in domo alienâ, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat, propter matrum familiæ aut virginum præsentiam.* Gajus (p. 178) se moque déjà de cette explication. Il n'est pas dit positivement si les douze Tables prononçaient la restitution au triple *adversùs eum qui obtulit* (PAULL. *sent.* 2, 31. § 14, passage dans lequel Gajus lit : *furti oblati*, au lieu de *furti concepti*, qu'on trouve dans le manuscrit).

(5) Plusieurs passages (par exemple *fr.* 23. § 6. *D.* 6, 1). disent que l'*actio de tigno juncto*, d'après les douze Tables, entraînait la restitution au double.

(6) Le *Fr.* 28. § 6. *D.* 12, 2, cite la plainte en ce cas comme étant fondée sur les douze Tables.

(7) CATO *de re rusticâ, præf : Majores..... in legibus posuerunt..... condemnari fœneratorem quadruplo.*

(8) Divers passages (entre autres le *fr.* 55. § 1. *D.* 26, 7) parlent d'une action en restitution double contre le tuteur infidèle, comme contre le voleur.

(9) Festus dit (*v. Vindiciæ*), d'après Servius Sulpicius : ... *in XII* : SI VINDICIAM FALSAM TULIT (on ajoute REI pour compléter le sens) SIVE STLITIS (on ajoute aussi PRÆTOR pour rendre le sens parfait) ARBITROS TRIS DATO, EORUM ARBITRIO FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO. Jacques Godefroy a placé cette maxime dans la douzième Table.

(10) *Fr.* 9. *D.* 47, 9, Gajus le dit dans son ouvrage, sans citer les propres paroles des douze Tables. Peut-être doit-on rapporter ici RUPITIAS pour *damnum dederis*, et SARCITO pour *damnum præstato. Voyez* Festus, aux articles de ces deux mots.

(11) Festus (*v. Talionis*) dit : *In XII*..... SI MEMBRUM RUPSERIT, NI CUM EO PACIT, TALIO ESTO.

(12) Jacques Godefroy établit, pour prouver cette asser-

tion comme existant dans les douze Tables, le passage suivant : QUI OS EX GENETALI FUDIT, LIBERO CCC, SERVO CL ÆRIS POENÆ SUNTO, qui se trouve dans la LL. *Mos.* et *Rom. Collatio*, 2, 5, et il y introduit les premiers mots par pure conjecture, d'après ceux qu'on lit dans le manuscrit *quæ lex generalis est.* Mais Aulu-Gelle (20, 1), Gajus (p. 186) et les Institutes (4, 4) disent que les douze Tables fixaient une amende pécuniaire en cas d'*os fractum.*

(13) Aulu-Gelle (20, 1.) cite les mots : SI INJURIAM FAXIT ALTERI, XXV ÆRIS POENÆ SUNTO, comme étant ceux des douze Tables. *Voyez* aussi Gajus (p. 186) et la *LL. Mos. Collatio* (2, 5), d'après Paul, qui s'exprime presque littéralement de même.

§ CXXXI. ACTIONES.

GAJI *Instit.* p. 188. 251.
INSTIT. 4, 6. *De actionibus.*

Le mot *action* (*actio*) est un de ceux qui présentent le plus d'acceptions différentes dans la langue et particulièrement dans le droit des Romains. Dans le sens le plus général, il est synonyme d'*effet.* Ensuite il a signifié successivement l'*action proprement dite*, l'*action juridique* et *la formule* même ou le *protocole* de cette action. Enfin, accompagné du mot *legis* (*legis actio*), et considéré par rapport à un Plébiscite, il indique dans le droit public, l'habilité ou à poursuivre, ou à être soi-même poursuivi en justice, tandis que, dans le droit civil, où souvent aussi l'on rencontre le terme de *legitima actio*, il veut dire la plainte, ou le moyen juridique

qu'on met en usage pour faire opérer une mutation de la part de quelqu'un, avec ou sans le concours du magistrat, et parvenir par là à rentrer dans son droit. A la vérité Pomponius dit bien que les *legitimæ actiones* ne se sont développées qu'à une époque postérieure au temps des douze Tables, et Gajus cite aussi quelques *legis actiones* qui ne furent déterminées d'une manière précise que dans la suite, et par des Plébiscites ; mais cependant nous pouvons, nous devons même parler déjà ici de l'importante division que Gajus établit entre les *legis actiones*, qui furent remplacées dans la suite par les *formules* (*formulæ*). Il en admet cinq classes, dont la première est désignée par un ablatif, tandis que le nom de toutes les autres est précédé de la préposition *per*, différence qu'on ne doit peut-être pas regarder comme entièrement accidentelle et arbitraire. En conséquence, selon lui on peut agir en justice (*lege agere*) : 1° SACRAMENTO ; 2° PER *Judicis postulationem* ; 3° PER *Condictionem* ; 4° PER *Manus injectionem* ; 5° PER *Pignoris capionem* (1).

(1) Le jurisconsulte à qui l'on aurait dit autrefois qu'il y a CINQ *legis actiones*, aurait pensé de suite au passage de Gajus rapporté dans le *Fr.* 77. *D.* 50, 17, et où il est question aussi de CINQ *actus legitimi*, *qui non recipiunt diem vel conditionem*. Cependant, ces deux objets n'ont point le moindre rapport entre eux. Une observation bien simple va le démontrer. Lorsqu'on rapproche, ainsi qu'on a jugé à propos de le faire, les lettres initiales des cinq *actus le-*

gitimi, ce rapprochement donne pour résultat le mot MATHS; et peut-être, comme ce n'est pas de la *Mancipatio*, mais de l'*Emancipatio* dont il s'agit dans ces actes, comme aussi le mot *datio tutoris* peut donner aussi-bien un *T* qu'un *D*, peut-être, disons-nous, serait-ce même le mot HADES, qu'il faudrait adopter. Au contraire, si l'on rapproche les initiales des cinq *legis actiones*, sans déranger l'ordre suivant lequel nous les avons indiquées, elles donnent SIC M. P.

§ CXXXII. *Examen particulier des diverses espèces de* legis actiones.

1° Le *dépôt* ou *consignation judiciaire* (*sacramentum*) paraît être la plus ancienne de ces espèces, à cause du rapport étroit qui existait entre ce mode et le droit sacré. C'était également le mode le plus onéreux, et celui qui présentait le plus de danger, puisque l'une des deux parties était obligée de payer cinq cents livres de cuivre lorsqu'il s'agissait d'une demande importante, ou cinquante quand il était question d'un objet moins grave. Cette différence entre les deux sommes a de l'analogie avec une autre distinction dont j'ai parlé plus haut (§ L, note 1). Du reste, la division fondamentale des actions en *réelles* (*in rem*) et en *personnelles* (*in personam*), trouvait également son application ici. Dans le premier cas on invoquait la *vindication*, c'est-à-dire qu'on s'attachait à déterminer la possession; ainsi par exemple, dans un procès sur la liberté, on se pronon-

çait toujours en faveur de cette dernière (1), tandis que, dans tout autre cas, il n'était pas de règle, ainsi qu'on le pense communément, de prononcer constamment à l'avantage du possesseur (2), mais bien plutôt à l'avantage de celui qui invoquait le titre le plus ancien à la propriété, comme Gajus le dit en termes formels. Cette *vindication* avait lieu sur l'endroit même; mais, par la suite, on se contenta d'apporter avec soi une motte de terre ou une brique, sur laquelle on opérait la vindication comme sur une chose mobiliaire, en plaçant dessus une *festuca*. La signification de ce terme employé par Gajus, et qui est synonyme de *hasta*, n'est pas déterminée; mais il ne peut très-certainement pas dire une *latte* ou un *éclat de bois*, comme Heineccius le prétend par analogie avec le droit allemand, puisque Plaute (§ XCIII) dit aussi en parlant d'une affranchie, qu'elle est devenue libre *festucâ*.

2° *La demande solennelle d'un juge* (*judicis postulatio*) était nommée dans les douze Tables (3). Il paraît qu'elle eut lieu ensuite par le moyen d'une simple formule, dans toutes les affaires judiciaires.

3° *La condiction* (*condictio*) qu'on rencontre ici, quoiqu'on n'aurait dû s'attendre à ne la trouver établie que beaucoup plus tard, puisque ce mot n'est même point encore employé par Cicéron.

4° *La saisie au corps* (*manûs injectio*) était précédée d'un jugement. Celui contre qui elle était intentée, ne devenait libre qu'en établissant une caution (*vindex*) (4).

5° *La main mise sur un gage* (*pignoris capio*) fut d'abord imaginée pour les militaires ; mais on l'appliqua ensuite, dans les douze Tables, à quelques cas particuliers qui concernaient le culte (5). Cependant elle différait des autres espèces de *legis actio*, en ce qu'elle n'exigeait pas l'intervention de l'autorité, et qu'elle pouvait avoir lieu même en l'absence de la partie adverse.

(1) C'est ce que disent expressément Tite-Live (3, 45), Denys d'Halicarnasse (2, p. 712) et Pomponius-Mela, (§ 24), en parlant de la procédure inique dont Virginie fut la victime.

(2) Jacques Godefroy a inséré dans la sixième Table le passage suivant : SI QUI IN JURE MANUM CONSERUNT, SECUNDUM EUM, QUI POSSIDET ; AST SI QUI QUEM LIBERALI CAUSA MANUM ADSERAT, SECUNDUM LIBERTATEM VINDICIAS DATO. Mais la seule preuve en faveur de cette maxime, outre les passages que Godefroy cite en note, est tirée d'Aulu-Gelle (20, 10), qui ne dit pas un mot de *vindicia secundùm eum, qui possidet.* Pour se convaincre que le propriétaire plus ancien en titre devait être protégé, il suffit de se rappeler que celui qui exerçait la vindication devait fournir une garantie suffisante tant pour le fond que même à l'égard des fruits, à celui contre lequel il intentait son action (§ 130, note 9). Aulu-Gelle explique la formalité d'après les paroles d'Ennius,

Non ex jure manum consertum, sed magis ferro rem repetunt.

Suivant lui les mots *ex jure* veulent dire *en présence du préteur ;*

mais ils pourraient tout aussi-bien signifier : *selon le droit* (comme on dit en ce sens *ex jure Quiritium*). Le passage où Festus (*v. Vindiciæ*) dit qu'autrefois on appelait *illæ* ou *glebæ*, *quæ ex fundo sumptæ in jus adlatæ erant*, ne veut pas dire non plus que ce rapport eût lieu en vertu d'une ordonnance ou d'un jugement du magistrat supérieur qui connaissait de l'action. Au surplus, il y a sur cette matière si difficile du *procès en vindication* (*Lis Vindiciarium*) un excellent Mémoire de M. de Savigny dans son Journal, tom. III, p. 421.

(3) Festus (*v. Reus*). *Numa* (cette version est certainement fausse) *in secunda tabula, secunda lege, in qua scriptum est :* Quid horum fuat unum iudici, arbitrove, reove.

(4) Gaj. p. 195. Il est parlé de cette caution (*vindex*) dans les douze Tables. Aulu-Gelle (16, 10) dit qu'on y lisait, *si recte commemini :* Assiduo vindex assiduus esto, proletario quoiquis volet vindex esto. Il est clair que le mot *assiduus* dérive ici d'*asses* et *dare*, et non d'*adsidere ;* mais il ne signifie pas *qui a beaucoup d'argent :* il veut seulement dire *celui dont on peut tirer beaucoup d'argent.* On peut douter aussi que *proletarius* vienne de *proles.* Varron cite aussi ce passage d'après Nonius, sans nommer la loi, à laquelle Cicéron (*Top.* 2) donne le nom d'*Ælia Sentia.* Jacques Godefroy a rapporté ces mots à l'*in jus vocare*, dans la première Table. Il se fonde encore sur un passage de Gajus (*fr.* 22, § 1, *D.* 2, 4), où il n'est toutefois question ni de caution (*vindex*), ni de vindication (*vindicare*), mais où on lit seulement : *Si quis ejus personam defendet.* Les paroles de Festus (*v. Vindex*) : *Vindex ab eo qui vindicat, quo minus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur*, peuvent très-bien s'appliquer à la *saisie au corps* (*manus injectio*).

(5) Gajus semble le donner clairement à entendre (p. 197). Mais une difficulté s'élève ici, c'est que, suivant l'opinion

commune, les militaires romains ne reçurent de solde qu'après le temps des douze Tables, et que le passage de Gajus prouverait au contraire qu'ils étaient payés avant l'institution de cette grande loi.

§ CXXXIII. *Doctrines étroitement liées avec les précédentes.*

Il est presque impossible de découvrir, ni dans Gajus, ni dans les Institutes, quels sont les principes d'après lesquels certains points de l'action juridique en matière civile furent calculés par la suite, tandis que d'autres ne le furent pas. A la vérité plusieurs difficultés à cet égard s'aplanissent en réfléchissant sur le rapport qui dut exister entre la coordination des matières du droit en corps de doctrine et l'Édit dont celle-ci fut le moyen préparatoire. Cependant elles ne disparaissent point toutes. On ne comprend pas, par exemple, pourquoi il est parlé deux fois des fonctionnaires appelés *cognitores* et de ceux qui sont nommés *procuratores*, tandis qu'il n'est pas parlé une seule fois de l'appel. On peut dire aussi que presque tout ce qui se rattache à ces doctrines, fait partie d'un droit moins ancien, et en parlant du droit public, j'aurai occasion de passer en revue une foule d'objets divers que les jurisconsultes romains ne rangeaient pas parmi leurs attributions, parce qu'ils ne s'occupaient que du droit civile. Divers passages parfaitement clairs

des douze Tables, qu'on peut ranger en cet endroit, nous autorisent à signaler encore parmi les doctrines dont nous parlons en ce moment, d'abord la maxime que l'action du vol (*furti actio*) est noxale (*noxalis*) (1); ensuite la plainte en réparation d'un dommage causé par un quadrupède domestique (*si quadrupes pauperiem fecisse dicitur*), cas dans lequel on pouvait s'arranger à l'amiable, soit en abandonnant l'animal à l'individu lésé, soit en payant l'estimation du dommage (*æstimationem noxiæ offerre*) (2); enfin le pâturage des troupeaux en un lieu et dans un temps non autorisés (3), genre de délit dont les circonstances particulières ne nous sont pas connues, et à l'égard duquel nous ignorons s'il était nécessaire ou non qu'il y eût *consommation*, pour qu'il fût réputé avoir été commis. Nous devons aussi rapporter à cette première époque le principe qu'il n'était pas permis, lorsqu'on n'avait pas soi-même un intérêt direct à la chose, d'intenter une action en justice pour autrui (4), si ce n'est au nom d'une corporation d'individus (*pro populo*), au nom d'un esclave privé de sa liberté (*pro libertate*), ou au nom d'un pupille (*pro tutelâ*).

(1) § 4. *Instit.* 4, 8.

(2) *Fr.* 1. p. § 1 et 2. *D.* 9, 1. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege XII Tabb. descendit, quæ lex voluit aut..... æstimationem noxiæ offerre.* Il est dit encore

(*pr. Instit.* 4, 9) : *Quae animalia, si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem*. Nous ne savons pas précisément de quels mots la loi se servait.

(3) *Fr.* 14. § 3. *D.* 19, 5.

(4) *Pr. Instit.*, 10.

DROIT PUBLIC.

I. DROIT POLITIQUE.

§ CXXXIV. *Possesseur du pouvoir souverain.*

Le pouvoir souverain n'appartenait proprement qu'au peuple entier (*populus*). Cependant il était exercé aussi par chacune des deux sections du peuple en général, c'est-à-dire, par le Peuple, considéré abstraction faite du Sénat (*plebs*), et par le Sénat. Il l'était aussi par les Magistrats, comme représentans du peuple (*magistratus populi romani*). Ces quatre manières d'avoir la puissance souveraine devinrent chacune par la suite une nouvelle source du droit. L'ordre dans lequel elles sont énumérées ici ne tient pas à ce que leur nombre alla toujours en diminuant, mais à ce que le *Plebs* adoptait, comme le *Populus*, des projets déjà rédigés en forme de loi, tandis qu'au contraire le Sénat commençait par délibérer sur la manière dont il

rendrait ses décisions. Du reste, le Sénat est plus ancien et plus légitime que le *Plebs*.

§ CXXXV. Populus.

I. Tous les Romains adultes, et même les affranchis, comme aussi les individus soumis à la puissance paternelle, faisaient partie du *Peuple* en général (*populus*). L'assemblée s'appelait *Comices* (*comitia*, *comitiatus maximus*). Dans le principe, on y recueillait les voix par curies; mais à l'époque où nous sommes parvenus, cette coutume n'était suivie que quand il fallait nécessairement observer l'ancien usage parce qu'il était lié aux cérémonies du culte. Mais cet usage toutefois on ne l'observait qu'après que la décision proprement dite avait déjà été prise par une autre assemblée du peuple ou par les pontifes, par exemple, lorsqu'il s'agissait de donner le pouvoir suprême (*imperium*) en temps de guerre, ou de faire, soit une arrogation (§ LXXII), soit un testament (§ CVII). Le vote qui prononçait sur une élection ou sur une proposition, avait lieu par centuries. Cet usage assurait la prépondérance aux riches sous plus d'un rapport; car, on les appelait toujours les premiers : et, si nous en croyons l'histoire, la *centuria prærogativa*, c'est-à-dire la première appelée à voter, laquelle à cette époque était encore une centurie de la première classe, fit pencher plus d'une fois la balance

de son côté. Souvent même on ne consultait que les riches, puisque indépendamment des quatre-vingts centuries de première classe, il y en avait encore dix-huit de chevaliers attachés à cette même classe, en sorte que, quand ces deux portions de la première classe se réunissaient, elles entraînaient la majorité des suffrages, sans qu'on eût besoin de consulter les autres classes. Les riches avaient encore un autre avantage, c'est qu'on votait de vive voix, et non par votes écrits (*tabellæ*). On commençait toujours par fixer le jour de l'assemblée, laquelle devait avoir lieu avant la nuit; l'endroit du rassemblement était en plein air, hors de la ville, dans le Champ-de-Mars (*campus Martius*), comme s'il eût été question de lever une armée contre l'ennemi. La présidence de l'assemblée était confiée à un magistrat, qu'en général elle désignait elle-même. Ce magistrat y exerçait une grande influence, car il dépendait exclusivement de lui que le peuple fût consulté ou non sur telle ou telle question. Il avait donc, pour parler un langage moderne, l'*initiative*, ce qui est bien autrement important que le droit de *veto*. Ce n'était que dans le sénat seulement qu'il pouvait être proposé de soumettre une affaire quelconque aux délibérations de l'assemblée du peuple. On n'avait pas la moindre idée ni du droit de pétition, ni des amendemens, et il fallait qu'un projet de loi fût adopté

ou rejeté tel qu'il avait été présenté. Le collége des Augures exerçait aussi une sorte de *veto* indirect; car étant appelé à décider si toutes les cérémonies relatives aux auspices avaient été observées (1), sa réponse influait naturellement sur la validité de la résolution prise par l'assemblée. Quant aux affaires elles-mêmes, les unes avaient pour objet l'élection ou le choix des magistrats, et comme il fallait nécessairement que l'on convoquât chaque année des assemblées du peuple pour s'occuper de cet objet, on se contentait presque toujours de donner simplement à ces assemblées le nom de *Comices* (*comitia*) (2). Les autres consistaient en délibérations au sujet de propositions (*leges*) faites par un magistrat. Ces propositions pouvaient rouler sur toutes sortes d'objets, et être relatives non-seulement aux principes généraux du droit, mais même aussi à quelques cas particuliers (3). On a donc bien tort, comme on le voit, de confondre le mot *lex* avec celui de *loi*, et plus de tort encore de regarder les expressions *legem ferre* et *rendre une loi* comme synonymes (4) Le mot *promulgare* avait aussi une signification différente de celle qu'on y attache dans le latin moderne.

(1) Le droit politique des Romains avait pour principe: JOVE TONANTE CUM POPULO AGERE NEFAS. Ce principe découlait tout naturellement de l'usage de s'assembler en plein air. Ainsi, quand un Augure ou un magistrat voulait empêcher

de prendre quelque résolution, il n'avait besoin que de déclarer qu'il avait observé le ciel (*de cælo servare*), et qu'il le trouvait contraire ; le collége prononçait ensuite.

(2) Cette circonstance est surtout importante pour le fait rapporté par Tacite (*Annal.* I. 15.) : *Comitia e campo ad patres translata*, fait dont nous parlerons en exposant l'histoire de la troisième période, mais qu'il est même déjà nécessaire de connaître pour se former une idée exacte de la seconde.

(3) On ne pouvait pas s'occuper, dans ces assemblées, de lois particulières (*privilegia ne irroganto*), quoiqu'il fût permis d'y procéder extraordinairement contre un citoyen (*de capite civis*). Cicéron distingue expressément ces deux cas (*De leg.* 3, 19). La première défense était générale, la seconde ne concernait que les tribuns.

(4) Comme l'a fait Ernesti (*Clavis Ciceroniana*), dans le préambule de l'*Index legum*.

§ CXXXVI. Plebs.

II. Le *Peuple*, dans l'acception limitée du mot (*plebs*), se composait de ceux qui n'étaient pas membres du Sénat (*Voy.* ci-dessus §. XXVII, note 2). Son assemblée portait le nom de *Concilium*. Les votes s'y recueillaient par tribus. On y procédait à l'élection des Tribuns du peuple, et l'on y délibérait en outre sur les projets présentés par eux. Ces projets étaient aussi des *leges*, comme les autres, et en portaient le nom ; mais, lorsqu'ils passaient, ils prenaient la dénomination particulière de *décisions du peuple* (*plebiscita* (1)). Il n'était pas permis de rendre un jugement capital

contre un Romain dans ces sortes d'assemblées, et cette restriction bien importante rend plus difficile encore à comprendre pourquoi il devint nécessaire dans la suite que le peuple prît de nouvelles décisions, afin de rendre les Plébiscites obligatoires pour tous les citoyens.

(1) On lit deux fois *lex sive id plebivescitum est*, dans la mode de procédure tracé pour la Gaule cisalpine. (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 443). La particule *ve* entre *plebi* et *scitum* paraît être tout-à-fait inutile.

§ CXXXVII. *Sénat.*

III. Le Sénat comprenait non-seulement les Patriciens, c'est-à-dire les citoyens sous la dépendance desquels se trouvaient beaucoup de Plébéiens, par suite du droit de patronage, mais encore un certain nombre de Plébéiens qui y avaient été admis à l'époque du cens. La dignité de Sénateur n'était point à vie, cependant elle n'était point non plus annuelle; sa durée dépendait, à proprement parler, de la conduite du titulaire, car celui qui avait été jusqu'alors Sénateur, pouvait être omis au prochain cens. La délibération des affaires se faisait dans le sénat, par une partie des mêmes personnes qui y prenaient part dans l'assemblée générale du peuple (*populus*); mais elle y était d'une moins grande importance, d'abord, parce que chaque sénateur avait droit de faire une proposition, ne fût-ce même que

par forme d'addition à son opinion personnelle, (*sententia*) sur l'objet en délibération (1); d'un autre côté, parce que là il n'était point de rigueur que toute proposition fût simplement ou admise ou rejetée, mais qu'au contraire il était permis de la modifier ou de l'amender. On fixait, dans chaque séance, l'époque et le lieu de la séance suivante, et, dans chacune d'elles, on s'occupait de tous les autres genres possibles d'affaires, mais jamais d'élections de magistrats (2). La majorité des voix ne suffisait pas toujours, dans le sénat, pour produire un Sénatusconsulte régulier (*senatusconsultum*); souvent un Tribun, par son *veto*, empêchait toute décision, et, dans ce cas, on se contentait de dire qu'on avait eu l'*autorisation* du Sénat (*senatus auctoritas*).

(1) *Præterea censeo.......*

(2) Cependant la nécessité de présenter à la confirmation ou à l'improbation du Sénat les choix faits par le peuple, n'était pas encore une simple formalité, ainsi qu'elle le devint dans la suite (Liv. 1, 17); car Appien se sert positivement (*Bell. civ.* 1, 1.) de cette locution: *le Sénat a nommé aux places.*

§ CXXXVIII. Magistratus.

IV. Quand plusieurs magistrats du peuple (*magistratus populi Romani*, peut-être aussi *prætores*) étaient revêtus de la même charge à la fois, ils ne traitaient point en commun, ni à la ma-

jorité des suffrages, les affaires confiées à leur administration; chacun jouissait d'un pouvoir indépendant, absolument comme s'il eût été seul; mais chacun de ceux qui avaient une autorité égale ou à plus forte raison, supérieure à celle d'un autre magistrat, pouvait s'opposer à l'exécution de la volonté de celui-ci (1). Loin de faire un reproche à un magistrat supérieur d'avoir consulté ses amis et ses parens, on prenait au contraire occasion de l'en louer, et quelquefois il choisissait lui-même son substitut, sans être tenu de le prendre parmi ceux qui l'avaient précédé. Il y avait beaucoup de cas dans lesquels il pouvait déléguer son pouvoir (*mandare jurisdictionem*); mais il y avait aussi des droits personnels qu'il ne lui était pas permis de déléguer ainsi. Il y avait fort peu de nominations qui fussent faites immédiatement par le Peuple et le Sénat, et l'on avait soin, pour toutes, que nul ne conservât sa place après l'époque où il devait la quitter, lorsqu'on n'avait pas l'intention de la lui rendre; car les charges publiques, sans exception d'aucune, étaient tout au plus annuelles. Ainsi, les Romains avaient adopté le mode le plus arbitraire de destitution, puisqu'il suffisait qu'un magistrat supérieur ne fût pas réélu à la fin de l'année, pour que cette circonstance lui apprît que ses fonctions devaient cesser. Aucune charge ne rapportait d'émolumens; tous les emplois étaient purement honorifiques, ce qui

était un obstacle insurmontable à ce qu'on pût en revêtir des citoyens pauvres. Il y avait encore, entre les magistrats romains et les nôtres, cette différence remarquable, que les premiers avaient le droit d'examiner si la personne qui s'adressait à eux avait quelque droit à ce qu'on la secourût, et, en conséquence, ou de convoquer l'assemblée du peuple ainsi qu'elle désirait, ou bien de rendre impossible l'action pour laquelle cette personne réclamait leur intervention.

(1) *Voyez* ci-dessus § 46, note 1. Cicéron exprime ainsi ce point de doctrine : PAR MAJORVE POTESTAS PLUS VALETO (*De leg.* 3, 4); cependant on sous-entendait déjà quelquefois : NE QUIS MAGISTRATUS INTERCEDITO. (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 446.)

§ CXXXIX. MAGISTRATUS POPULI.

Tout ce que nous venons de dire s'appliquait surtout aux magistrats du peuple romain tout entier, et on ne distinguait ceux-ci que par la présence des Licteurs et par d'autres marques *honorifiques* (*magistratus curulis*, dérivé de *sella curulis*, et par opposition avec lequel on trouve des *magistratus pedarii*), d'où l'on avait fait dériver le nom d'*honores* donné à leurs charges. L'honneur survivait en quelque sorte à l'expiration du pouvoir (*vir consularis*, et, dans la suite, *prætorius*, etc.), et même, après la mort, on en renouvelait le souvenir par les images (*imagines*),

qu'on portait en public à chaque décès survenu dans la famille (1). Il n'y avait, à l'époque dont nous nous occupons, que les Patriciens qui parvinssent aux magistratures curules. On rangeait régulièrement dans le nombre de ces magistrats, deux *Consuls*, dont l'année portait le nom, ou un *Inter-roi* (*interrex*), qu'on nommait à leur défaut, et, à l'approche d'un grand danger, un *Dictateur* désigné par un Consul, sur l'injonction du Sénat, ou, en l'absence des consuls, un *Préfet de la ville* (*præfectus urbis*). Les différentes branches du pouvoir souverain, à la séparation desquelles, vers la fin du dix-huitième siècle, on a attaché tant d'importance, étaient alors toutes réunies entre leurs mains. Ils avaient l'éminente prérogative de présider le pouvoir législatif, et dans le Sénat et dans les assemblées générales du peuple; et même lorsque l'époque était venue de convoquer de nouveau ces assemblées, c'étaient eux qui faisaient cette convocation. Ils exerçaient surtout le pouvoir exécutif comme chefs en temps de guerre, et ils avaient même beaucoup de part à l'autorité judiciaire, tant dans les causes civiles que dans les affaires criminelles. Au-dessous d'eux se trouvaient d'un côté, pour tout ce qui concernait la guerre, les *Tribuns militaires*, qui, dans la suite, les remplacèrent même pendant quelque temps; et de l'autre, les *Questeurs*, à la garde desquels était commis l'*ærarium*, c'est-à-

dire le trésor public et l'endroit où l'on conservait les archives de l'État.

(1) Les *imagines majorum* n'étaient pas, comme le prétend Casaubon (en traduisant le passage de Polybe, 6, 53), de simples bustes dont on garnissait un mannequin, et que, dans les pompes funèbres ou autres cérémonies, on portait ainsi à la main ou dans les bras. Schweighaeuser (tom. VI, p. 393) a prouvé que c'étaient des masques à l'aide desquels des personnes couvertes des marques distinctives de l'emploi, remplissaient le personnage du défunt, à peu près comme la pratique s'en introduisit ensuite sur la scène. L'opposition que Cicéron établit souvent entre *solida et expressa effigies* et *umbra et imago*, fait certainement allusion à cette coutume. Il est probable que celle-ci reposait sur un passage aujourd'hui inconnu des douze Tables, inséré peut-être dans l'article qui réglait les dépenses permises à l'occasion des funérailles. La loi défendait, sans doute, de représenter les corps des ancêtres ou des parens qui n'avaient pas rempli certaines hautes dignités. S'il en était ainsi, on concevrait alors les eloges que Cicéron (*De Orat.* 1, 43) prodigue à cette partie de la loi décemvirale, et que nous n'avons aucune autre manière d'expliquer ; *ex his enim et dignitatem maxime expetendam videmus, cum verus, justus atque honestus labor honoribus, præmiis atque splendore decoratur.*

CXL. *Chefs des Plébéiens.*

Les magistrats supérieurs des Plébéiens, *les Tribuns du peuple*, étalaient aux yeux moins de faste et de magnificence que les autres. Leur pouvoir était borné à l'enceinte de la ville et à un rayon d'un mille romain tout autour, à moins

que le sénat n'accordât une exemption spéciale, qu'il ne permît, par exemple, à un Tribun d'aller joindre une armée pour en faire rentrer le chef dans l'obéissance. Il n'y avait pas à Rome de magistrats plus sacrés que les Tribuns. La puissance extraordinaire d'un Dictateur était la seule qu'ils ne pussent pas restreindre. Partout ailleurs ils pouvaient mettre leur *veto*, ou seulement se contenter du droit d'opposition. Les magistrats qu'on appela dans la suite *Édiles plébéiens* (*Ædiles plebis*), étaient les seuls Édiles qui existassent à cette époque; aussi jouissaient-ils de plus de considération qu'ils n'en obtinrent dans la suite; mais cependant on ne doit pas conclure de là qu'ils aient eu des attributions différentes de celles que remplirent plus tard les Édiles curules (*Ædiles curules*).

§ CXLI. *Autorités locales.*

Les Romains ne connaissaient point encore de magistratures considérables dont l'autorité ne pût s'exercer que dans le ressort d'un certain arrondissement. Il ne pouvait y avoir pour Rome une *municipalité* qui différât du gouvernement général du surplus de la république, puisque, dans le principe, la ville même formait la totalité de l'État, et n'était point une ville séparée (*municipium*). Comme il n'existait point encore d'autres villes qui fussent remarquables par leur

étendue, il n'y avait pas de municipalités proprement dites, et la situation des provinces n'exigeait pas, à cette époque, qu'on en confiât l'administration à des autorités locales particulières (1).

(1) Le mot *provincia* paraît dériver plutôt de *providere* que de *vincere*, si l'on a égard à sa signification primitive; il semble alors avoir la même racine que *providentia*.

II. INSTITUTIONS TENANT PARTICULIÈREMENT A L'ORDRE PUBLIC.

§ CXLII. Jus sacrum.

I. Il n'y avait, pour l'instruction publique, dans le sens que nous attachons aujourd'hui à ce mot, et en excluant ce qu'il renferme de plus général, c'est-à-dire l'éducation militaire, il n'y avait, dis-je, pour l'instruction des habitans de Rome, d'autre institution que le culte divin, dont la tendance immédiate n'était pas d'éclairer les hommes et de les rendre meilleurs, mais seulement d'agir sur leur imagination. Toutes les maximes de droit qui s'y rapportent (*jus sacrum*), faisaient partie du droit romain, et en formaient même une branche très-importante, dont la connexion avec les autres était alors bien plus étroite qu'elle ne le fut par la suite des temps. Nous connaissons encore la place que ce droit occupait dans les douze Tables (§ LIV), mais il ne nous est pas possible

d'acquérir des notions positives à son égard ; d'un côté parce que, dans la quatrième de nos périodes, nous trouvons établi à Rome un culte directement contraire à l'ancien; de l'autre parce que, dès la seconde moitié de la troisième période, Gajus fait observer que, par le passé, on attachait une bien plus grande importance aux choses sacrées (*sacra*) que de son temps. Cicéron fait même observer, au commencement de la troisième période, que les progrès des lumières ont nui beaucoup à cette partie du droit, ce que semblent déjà indiquer aussi les plaintes mal dissimulées de Polybe. Les institutions relatives au culte n'étaient point livrées à la volonté purement arbitraire de certains individus, réunis pour délibérer en commun sur ce qui peut s'y rapporter. Il n'y avait pas non plus de puissance sacerdotale qui fût exactement sur la même ligne que l'autorité souveraine. Dans cette branche du pouvoir, les Patriciens se trouvaient encore placés au premier rang, et cette prérogative était un moyen de plus pour appuyer et justifier leurs prétentions sur toutes les autres. Cependant ce n'était pas les chefs annuels de la république, mais d'autres personnages, qui possédaient les dignités sacerdotales (*sacerdotia*); ceux-ci les occupaient à vie, et la nomination de ces fonctionnaires dépendait souvent de leurs collègues, afin par là de conserver bien plus sûrement l'esprit du corps,

auquel on donnait, pour cette raison, le nom de *collegium*. Parmi les personnes destinées au culte, on distinguait, 1° les *Pontifes*, à la tête desquels se trouvait le souverain pontife, et qui prononçaient eux-mêmes, ou faisaient prononcer, dans des assemblées spéciales du peuple, sur tout ce qui concernait les matières religieuses; 2° les *Augures*, chargés des auspices (§ CXXXV); 3° les *Féciaux*, à qui l'on confiait tout ce qui avait rapport aux relations avec les autres peuples; 4° enfin, les *Flamines* et les *Vestales*, qui méritent aussi d'être distingués, les premiers à cause de la puissance maritale dont ils étaient revêtus (*in manum conventio*, § LXXIV), et les uns et les autres par rapport à la puissance paternelle dont ils étaient libérés (§ LXXVI).

§ CXLIII. *Calcul du temps.*

Certains jours, appelés *Fêtes*, étaient destinés aux actes qui concernaient le culte des dieux. De ces fêtes, les unes étaient publiques, pour tout le peuple, et les autres privées, pour les différentes familles et maisons (*gentes*). Ces dernières fêtes étaient elles-mêmes placées sous la surveillance des pontifes, qui devaient veiller surtout à ce qu'on ne les négligeât point, soit par paresse, soit par avarice (*sacra privata perpetua sunto*). La distinction des jours en *fastes*, (*fasti*) et *né-*

fastes, (*nefasti*) (§ LIX), n'exerçait pas son influence seulement sur la prononciation des jugemens en matière litigieuse, mais encore sur toutes les affaires qui avaient un rapport quelconque avec le droit, surtout lorsqu'il s'agissait d'*agir d'après la loi* (*lege agere*). C'est là ce qui nous explique comment on se trouvait souvent dans la nécessité de consulter les pontifes sur l'époque où il serait permis de s'occuper de telle ou telle affaire juridique (1). Ce qu'aujourd'hui l'on trouve, chez le dernier des paysans, calculé d'avance, quelquefois pour un siècle entier, et presque toujours pour trois ou quatre ères différentes, en un mot *le calendrier*, était une connaissance fort peu répandue chez les anciens. Chez les Romains particulièrement, l'intercalation régulière, tous les deux ans, d'un mois entier, dont la longueur variait d'une année à l'autre, rendait le calcul du calendrier plus difficile que partout ailleurs (2). Du reste nous ne devons pas oublier de dire que, suivant l'usage des Romains, la journée s'étendait de minuit à minuit.

(1) Le passage suivant de Pomponius (*fr.* 2. § 6. *D.* 1, 2.) : *Pontificum..... ex quibus constituebatur, quis quoque anno præcesset privatis*, paraît se rapporter aux *sacra privata*, comme celui-ci de Cicéron (*De leg.* 2, 8) : *Quoque hæc privatim et publice modo rituque fiant, discunto ignari a publicis sacerdotibus.*

(2) Deux années étaient composées de vingt-cinq mois,

car chaque année comptait trois cent cinquante-cinq jours, et, tous les deux ans, à la fin du dernier mois, c'est-à-dire après le 23 de février, on ajoutait un mois intercalaire (*mensis intercalaris, mercedonius*), de vingt-deux ou vingt-trois jours. Cette addition rendait l'année trop longue, de sorte qu'un jour qui, dans le principe, aurait dû tomber à la fin de l'hiver, se trouva, par la suite des siècles, correspondre au printemps, à l'été ou à l'automne. Les Consuls, qui devaient toujours entrer en fonction, en cas de guerre, quelque temps avant l'ouverture des hostilités, furent obligés de choisir pour cela d'autres mois que ceux qui étaient désignés, à cet effet, quelques centaines d'années auparavant, et l'accumulation de ces mois produisait déjà, au temps de Caton l'ancien, la perte d'une année entière, c'est-à-dire que, d'après la manière de compter des Romains, il y eut, en chronologie, un an de moins que le résultat auquel on arrive en calculant d'après les révolutions de la terre autour du soleil. On trouve dans le tom. XXVI des Mémoires de l'Académie des Inscriptions, un Mémoire de La Nauze sur le calendrier romain, jusqu'au temps de Jules César, Mémoire qui a excité l'admiration de Gibbon, mais auquel beaucoup de savans de nos jours n'ont pas accordé toute l'attention qu'il mérite. Un passage de Gajus (*Fr.* 98. §. 1 et 2. *D.* 50, 16) fait allusion au mois intercalaire, pour expliquer, par son secours, la doctrine du *bissextum*. Il nous est permis de conjecturer, avec quelque vraisemblance, que les compilateurs de Justinien ne comprirent point parfaitement le sens de ce passage. Quant aux glossateurs, ils durent naturellement ne point le comprendre du tout, puisqu'il exige une connaissance approfondie des usages et des mœurs de l'antiquité: aussi déclarèrent-ils qu'il contient une absurdité manifeste.

§ CXLIV. *Guerre.*

II. Le gouvernement militaire prédominait bien plus à Rome, que même dans les États modernes qni ont le plus mérité ce nom. La guerre et tous les préparatifs qu'elle exige, n'étaient pas l'occupation unique d'une classe à part, payée pour combattre, et vivant de ce métier; mais tous les Romains étaient obligés de s'y livrer à leur tour. On n'établissait de distinction qu'entre ceux qui comptaient déjà beaucoup de *campagnes*, et ceux qui ne se trouvaient point dans le même cas (*delectus :* ici se rapporte aussi le mot *legio* § XLV). Les magistrats supérieurs du peuple étaient presque toujours les généraux, que l'armée entière choisissait, et qui, indépendamment des opérations militaires, dirigeaient encore d'autres branches d'administration.

§ CXLV. *Relations avec les étrangers.*

Le droit des gens, tel qu'il existait chez les Romains, n'admettait que des alliés ou des ennemis. Mais il était rare qu'à cette époque les alliances fussent aussi inégales que par la suite, c'est-à-dire à l'époque où les Alliés (*socii*) devenaient la plupart du temps de véritables sujets. On fixait l'indemnité qui devait être accordée lorsqu'un citoyen d'une nation avait offensé un citoyen

d'une autre nation (*clarigatio*). Cette fixation regardait des envoyés spéciaux (*legati ad res repetendas* (§ CXXXII), et, quand elle ne produisait point un résultat satisfaisant, les Féciaux (§ CXLII) déclaraient solennellement la guerre, dont ils reconnaissaient la légitimité par cette cérémonie. Dès lors on pouvait exercer les hostilités, sans distinction, et contre les personnes et contre les choses, comme si jamais il n'eût existé d'alliance entre les deux peuples, à moins cependant que le général n'eût opposé quelque restriction particulière à cette faculté illimitée. Il y avait réciprocité quant aux principes du *postliminium* (§ XC), au moins en ce qui concernait les choses. Les Romains continuaient presque toujours la guerre jusqu'à ce qu'il leur fût possible de conclure une paix avantageuse à leurs intérêts, et leurs ennemis étaient souvent obligés de se rendre à discrétion (*dedititii* (§ LXIV)).

§ CXLVI. *Administration de la justice.*

III. L'administration de la justice est de toutes les institutions publiques celle qui intéresse le plus le droit civil. A l'époque dont nous nous occupons, on n'avait pas encore introduit, comme principe fondamental de cette administration, la distinction établie entre : 1° les pouvoirs attribués sous ce rapport à un *magistratus populi Romani,*

par conséquent alors encore à un Patricien, ou en général à tout individu qui était désigné spécialement à cet effet pour une année entière, et 2° les pouvoirs délégués par l'autorité supérieure dans un cas déterminé, et d'après l'agrément des parties, soit à un simple particulier, qui peut-être même déjà pouvait être un Plébéien, soit enfin à plusieurs individus, dont chacun prenait le nom de *Judex* ou d'*Arbiter*, ce qui correspond à ce que nous appelons *Jury*. Il faut observer toutefois que le nom de *judex* ne leur a été attribué que chez les modernes, et peut-être par l'effet d'une fausse interprétation (*voy.* ci-dessus § CXXIX) de divers passages où il est possible qu'il soit question, non d'un juge de cette espèce, mais d'un *juge délégué* (*judex pedaneus* χαμαιδικαστής). Les pouvoirs des premiers s'étendaient jusqu'à établir un système judiciaire complet pour tout le temps que duraient leurs fonctions; ce droit, qui s'appelait *Jurisdictio*, était considéré comme l'une des branches principales du pouvoir suprême, de *l'imperium*, et même plus tard il porta le nom d'*imperium mixtum*, pour le distinguer de celui qui s'exerçait dans les diverses circonstances où il ne s'agissait pas de rendre la justice. Les seconds, au contraire, devaient se borner à connaître et à juger le fait qui était soumis à leur jugement. C'est là ce qu'on nommait *Judicium*, et par suite *judicare*. Mais, nous le répétons, comme cette distinction des

pouvoirs n'était pas encore établie à l'époque dont nous parlons, on ne songeait pas non plus à séparer le pouvoir de diriger la conduite de l'action et de faire exécuter le jugement, de celui de l'examiner et d'apprécier les faits et les moyens sur lesquels l'action était appuyée (1). La demande pour obtenir un juge (*judicis postulatio*) n'était alors qu'une des cinq espèces de *legis actio* (§ CXXXII); à la vérité elle fit de grands progrès dans la suite, et même elle contribua beaucoup à consolider les maximes du droit, parce que le magistrat ne pouvait jamais se dérober à leur application en se retranchant derrière quelqu'une des circonstances particulières du fait. Un autre point bien digne encore d'être signalé, c'était la publicité donnée à la procédure entière (2), et la responsabilité qui pesait à Rome sur un seul magistrat, tandis qu'à Athènes elle était répartie sur une centaine de têtes, et que chez nous elle l'est au moins sur un tribunal entier, composé de plusieurs juges. Ce fut de cette manière qu'à Rome, où l'esprit du peuple rendait d'ailleurs la chose plus facile, le droit civil se forma sur des bases plus fixes et plus uniformes que partout ailleurs, et qu'il ne fut pas nécessaire non plus de multiplier les lois pour restreindre l'autorité dans ses justes limites. A Rome on exigeait d'un magistrat supérieur qu'il rendît la justice aussi souvent que ses autres occupations journalières

le permettaient (*assidue jus dicere*); on exigeait également de lui qu'il fût impartial, et qu'il ne cherchât pas à se concilier la bienveillance d'un citoyen, en commettant une injustice vis-à-vis d'un autre (*æquum jus dicere*, § L, note 2, ou qu'il n'agît pas, *ambitiose*). Si par malheur il se rencontrait une année dans laquelle un homme méchant ou incapable se trouvait placé à la tête du gouvernement, le poids d'un tel fléau ne se faisait pas sentir exclusivement sur l'administration de la justice; il y a plus, c'est que celle-ci était même, de toutes les branches de l'administration, celle sur laquelle l'autorité d'un tel individu se trouvait la plus supportable, parce que, au moyen de l'intercession des collègues de ce magistrat ou celle d'un tribun du peuple, on avait encore la ressource de proroger l'affaire jusqu'à l'année suivante, pour laquelle on espérait un choix moins funeste.

(1) Bach a déjà manifesté cette opinion; mais la preuve sur laquelle il se fonde, celle que l'histoire ne parle point de *judex* dans la cause de Virginie, est très-faible, puisque dans toute cette procédure il ne s'agissait que d'une *vindication*, pour laquelle on ne nommait point de *judex* même à une époque plus reculée.

(2) IN COMITIO AUT IN FORO ANTE MERIDIEM CAUSAM CONSCITO (à peu près comme dans le mot *plebi*scitum; *scito* est synonyme ici de *decernito*). A la vérité, il n'y a que l'auteur de la *Rhétorique ad Herennium* (2, 15), qui rapporte cette formule; mais Aulu-Gelle cite aussi les derniers mots

(17, 2), comme étant les propres paroles des douze Tables. *Forum* est, comme l'on sait, une expression technique par rapport à l'administration de la justice ; la *forensis factio*, dans Tite-Live (9, 46), semble y faire allusion.

§ CXLVII. *Procédures en particulier.*

INSTIT. 4, 16. *De pœna temere litigantium*, tout-à-fait incidentellement. § 3.

DIG. 2, 4. *De in jus vocando.*

Toute action judiciaire commençait par l'assignation de la partie adverse devant l'autorité, ce qui est appelé *in jus vocare*, dans Aulu-Gelle (13, 12 et 13) et aussi *in jus vocatio*. Il était de principe général que la partie adverse était tenue de suivre le demandeur, sans attendre l'injonction formelle de la justice (1). Le demandeur avait même le droit de traîner le défendeur malgré lui devant le magistrat (*manus injectio*), s'il refusait d'y venir (2). On avait peu ou même point du tout d'égards à l'âge ni à l'état de maladie physique ou morale de l'assigné (3). Les conventions ou transactions verbales qui intéressaient les parties, mais peut-être celles seulement qui avaient lieu pendant le trajet nécessaire pour se rendre chez le juge, étaient ce qui exerçait plus d'influence que toute autre chose (4) sur la manière dont allait s'entamer la procédure.

(1) Les mots SI IN JUS VOCAT sont regardés, d'après Cicéron (*de leg.* 2, 4), comme les premiers qui fussent employés dans

les douze Tables; cependant rien ne prouve qu'ils l'aient été réellement. Ceux qu'on lit ensuite : ATQUE EAT, sont remplacés, dans les meilleures éditions, par ceux-ci, *atque ejusmodi alias leges nominare*. Il est plus probable que les douze Tables portaient ITO, à moins que ce mot n'y fût sous-entendu, et qu'après la phrase citée ci-dessus, on trouvait seulement celle-ci : NI IT.

(2) Dans Festus (*v. struere* et *pedem struit*), on trouve la phrase suivante des douze Tables : SI CALVITUR, PEDEMQUE STRUIT, MANUM ENDO JACITO. Gajus fait aussi des remarques sur la première de ces expressions, dans son livre premier (*fr.* 235, *pr. D.* 50, 16). On cite ordinairement, comme exemple de cet usage, un fait rapporté par Horace (*Sat.* 1, 9, v. 74); mais c'est à tort, car le procès dont parle le poëte, était déjà depuis long-temps pendant en justice, puisque le personnage dont se plaint Horace devait, comme il dit (v. 36), *respondere vadato*, si non (v. 37), *perdere litem*. Il n'est pas moins douteux non plus qu'on doive rapporter au cas dont nous parlons les termes des douze Tables cités par Porphyre, et qui paraissent en outre avoir été singulièrement altérés : SI VIS VOCATIONI TESTAMINI, IGITUR EN CAPITO.

(3) GELL. 20, 1. SI MORBUS ÆVITASVE VITIUM (ou plutôt VITIUMVE, ou au lieu d'ÆVITASVE VITIUM, ÆVITAS VEL VITIUM) ESCIT, QUI IN JUS VOCABIT, JUMENTUM DATO. SI NOLET, ARCERAM NE STERNITO.

(4) REM UTI PACUNT (PAGUNT, et non PAICUNT); *Orat. ad Herenn.* 2, 13. Jacques Godefroy ajoute encore avant ces mots ceux d'IN VIA, auxquels pourrait être relatif cet ordre que signifiait aux deux parties le Préteur dans une action en revendication : *inite viam* et *redite viam*, et dont Cicéron parle en plaisantant (*pro Muræna*, c. 12). Cependant, nous manquons de données positives qui justifient cette addition.

§ CXLVIII. Vades.

Il est déjà parlé dans les douze Tables de Cautions (*vades* et *subvades*) que les parties donnaient pour s'assurer mutuellement qu'elles étaient dans l'intention de se présenter en justice à l'époque fixée. On ne voit pas très-clairement pourquoi cet usage tomba en désuétude, tandis que long-temps après on faisait encore un si fréquent emploi du mot *vades* (1). Le mot MORBUS SONTICUS (2), et sans doute aussi STATUS DIES CUM HOSTE (3), se trouvaient dans cette loi, où ils indiquaient vraisemblablement le motif de ne pas se présenter; mais au contraire la conjecture que les mots VOTUM (4) et REIP. CAUSA ABESSE (5) y étaient également placés, est fondée uniquement sur ce que Gajus dit à ce sujet, dans son premier livre.

(1) Gell. 16, 10.

(2) *Fr.* 2. § 3. *D.* 2, 11. *Et ideo etiam lex XII Tabb. si judex vel alteruter et litigatoribus morbo sontico impediatur, jubet diem judicii esse diffisum*, ou d'après un autre passage (*fr.* 60. *D.* 42, 1), *differri.* Aulu-Gelle (20, 1.) et Festus (*v. sonticus*) témoignent aussi en faveur de ce mot. *Voy.* également les mots cités plus haut (§ CXXXII), qu'on trouve dans Festus, et à la suite desquels on lit: EO DIE DIFFENSUS ESTO.

(3) Cic. *de off.* 1, 12. *Indicant XII Tabb.*: AUT STATUS DIES CUM HOSTE.

(4) *Fr.* 233, § 1. *D.* 50, 16.

(5) *Fr.* 6. *D.* 2, 11.

§ CXLIX. *Exécution par les voies de rigueur sur la personne du débiteur.*

Les douze Tables contenaient une disposition formelle, réglant la nature du secours que le créancier, à la dernière extrémité, pouvait espérer de la justice, en matière d'obligation civile (1); mais ce moyen extrême n'était probablement mis en vigueur que dans les cas où il s'agissait du prêt d'une somme d'argent (§ CXXII). Le créancier, après avoir obtenu jugement contre son débiteur, était encore obligé d'attendre pendant un délai de trente jours. Ce n'était qu'après ce terme qu'il pouvait se permettre de *mettre la main* sur sa partie adverse (*manus injectio*). Mais alors il devait amener son débiteur devant le magistrat, afin de donner à un autre débiteur plus solvable (*vindex*) la facilité de s'offrir à la place du premier. Si personne ne se présentait, le créancier avait droit d'emmener chez lui son débiteur, et, dans ce cas, la loi déterminait la conduite qu'il aurait à tenir, d'une part pour assurer la subsistance du débiteur, de l'autre pour empêcher qu'il ne parvînt à s'échapper. Lorsque pendant l'espace de deux mois, durant lesquels le créancier devait représenter trois fois en public la personne de son débiteur, aucun citoyen n'avait pu ou n'avait voulu faire une offre, dont

le créancier aurait alors été obligé de se contenter (§ CXXXII, note 4), le débiteur était dépouillé de tous ses droits, et vendu à l'étranger comme esclave. Ce n'était que dans le cas seulement où un même débiteur avait plusieurs créanciers, circonstance, au surplus, qui souvent ne préjugeait rien contre la probité d'un pareil débiteur (*voy.* § CIX), que la loi des douze Tables permettait *la section du corps de ce débiteur* TERTIIS NUNDINIS PARTES SECANTO. J'avoue que je n'aurais pas hésité à considérer cette distribution comme la preuve du mode le plus ancien de régler la forme du *Concours* ou *partage* entre les créanciers d'un même débiteur : j'aurais été d'autant plus porté à adopter cette interprétation, que, dans les cas de concurrence, nous voyons encore long-temps après cette époque qu'il est parlé d'un *Sector;* il n'aurait pas été impossible non plus qu'on eût en ce cas donné aux parties prenantes le nom de *partes secanto*, puisqu'elles sont obligées de partager leurs prétentions, et de faire, comme nous disons, l'abandon de *tant pour cent;* mais je suis forcé d'abandonner cette interprétation métaphorique, en considérant que les Romains eux-mêmes, vers le milieu de notre troisième période, entendaient par là littéralement *couper le débiteur en morceaux*.

(1) Gell. 20, 1. *Sic enim sunt, opinor, verba legis.* ÆRIS CONFESSI REBUSQUE JURE JUDICATIS TRIGINTA DIES JUSTI SUNTO, POST DEINDE MANUS INJECTIO ESTO, IN JUS DUCITO; NI JUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EO IN JURE VINDICIT, SECUM DUCITO, VINCITO AUT NERVO (*Voyez* Festus, *v. nervum*) AUT COMPEDIBUS XV SONDO NE MINORE AUT SI VOLET MAJORE VINCITO. Jacques Godefroy a encore conservé cette leçon dans la troisième Table; mais Heineccius la rectifie ainsi: *ne majore, aut si volet minore*, et il est vrai de dire que cette correction est exigée non-seulement par le sens de la phrase, qui serait inintelligible sans cela, mais encore par suite d'une analogie nécessaire avec ce qui est dit plus bas, dans la même loi, à l'occasion de l'entretien du débiteur; *si volet plus dato*. Il y a plus, c'est qu'elle est appuyée par Cujas (*obs.* 3, 39), sur l'autorité d'un *antiquum et fidele exemplar* d'Aulu-Gelle qu'il possédait. On a lieu d'être surpris que les éditeurs de ce dernier écrivain aient négligé de s'adresser au savant qui avait en sa possession un manuscrit aussi précieux et aussi authentique. SI VOLET SUO VIVITO, NI SUO VIVIT, QUI ESSE VINCTUM HABEBIT, LIBRAS FARRIS ENDO DIES DATO, SI VOLET PLUS DATO. *Erat autem jus interea paciscendi, ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies LX. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad prætorem in comitium producebantur, quantæque pecuniæ judicati essent, prædicabatur. Tertiis autem nundinis capite pœnas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant..... nam si plures forent, quibus reus esset judicatus, secare si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt.....* TERTIIS, *inquit*, NUNDINIS PARTES SECANTO, SI PLUS MINUSVE SECUERUNT, SE FRAUDE ESTO.

(2) Gibbon cite Quintilien, ainsi que l'autorité d'Aulu-Gelle et de Tertullien, contre l'opinion de Bynkershœk, qui, pour la soutenir, intervertit aussi fort mal à propos le sens du mot *capitis pœna*. *Voyez* Niebuhr, qui manifeste à cet égard son

opinion d'une manière un peu trop prononcée (tom. II, pag. 313).

§ CL. *Espèces particulières de procédures.*

De toutes les différentes espèces de procédures particulières, notre première époque ne nous offre qu'un simple vestige d'une seule d'entre elles, qui, plus développée, donna par la suite naissance à ce que nous verrons appelé *Interdits* (*interdicta*). C'est la disposition par laquelle les douze Tables prescrivaient la garantie des dommages qui pourraient être causés par les eaux pluviales (1).

(1) Gajus (*fr.* 21. *pr. D.* 40, 7) cite incidentellement les mots : SI AQUA PLUVIA NOCET, des douze Tables, pour prouver qu'il peut quelquefois être fait mention, dans les lois, d'une simple *possibilité*, puisqu'ici *nocet* veut dire *nocere poterit*. Ailleurs (*fr.* 5. *D.* 43, 8), le même écrivain parle des sûretés que les douze Tables obligeaient de fournir, même quand *per publicum locum rivus aquæductus privato nocebit.* Cicéron (*Top.* 9) distingue, à l'occasion de *aqua pluvia*, si elle est venue par suite de la localité (*loci vitio*), ou par des travaux faits de main d'homme (*manu nocens*). Dans l'un des cas *jubetur ab arbitrio coerceri.* Mais il ne dit pas que rien de tout cela se trouve dans les douze Tables, et cependant Jacques Godefroy a placé dans la douzième tout ce qui a rapport à cet objet.

§ CLI. *Punition des crimes.*

IV. Il ne faut pas confondre la partie du droit public qui s'occupe des *Jugemens publics* (*de publicis judiciis*), comme on les appela dans la suite, avec celle qui traite des obligations nées d'un délit ou d'un quasi-délit (§ CXXX). Les crimes engendraient même encore une foule d'autres conséquences qui reposaient toutes sur l'ensemble de la constitution politique de la république, mais qui n'appartenaient pas non plus à cette dernière doctrine. Ainsi, d'une part, le citoyen dont la conduite était mal notée, se trouvait frappé d'incapacité de rendre témoignage (*improbus, intestabilis*) (1), dans la suite, *famosus*, *infamis* (2); de l'autre, à l'époque du cens, l'autorité lui témoignait son mécontentement, soit en l'excluant du Sénat, ou de l'ordre des Chevaliers, soit en le condamnant à une amende, ou en inscrivant sur les rôles du cens, à la suite de son nom, une note dans laquelle sa conduite était censurée (*ignominia nota*, peut-être aussi *nota censoria*). Il faut se rappeler toutes ces diverses circonstances, il faut surtout avoir présent à l'esprit tout ce qui est relatif aux autres parties du droit public, si l'on ne veut pas s'exposer à porter un jugement erroné sur les restrictions nombreuses apposées par les Romains au droit de poursuivre et de faire juger les crimes.

(1) Aulu-Gelle (6, 7) rapporte les propres paroles des douze Tables, et, ailleurs (15, 3), il les fait connaître d'une manière encore plus complète : QUI SE SIERIT TESTARIER LIBRIPENSVE FUERIT, NI TESTIMONIUM FARIATUR, IMPROBUS INTESTABILISQUE ESTO. Jacques Godefroy intercale ce passage dans la septième Table. Gajus (*fr.* 26. *D.* 28, 1), en parlant non pas, il est vrai, des douze Tables, mais de l'Édit prétorien, prétend que le mot *intestabilis*, dans la loi, veut dire, *celui qui ne peut pas être témoin ;* mais peut-être aussi signifie-t-il *celui en faveur duquel personne ne veut témoigner.*

(2) Le mot *infamis* n'était pas aussi dur, chez les Romains, que celui d'*infamie* l'est dans les langues modernes, précisément parce que le sens qu'ils y attachaient se rapprochait bien davantage de l'étymologie de ce mot. *Voyez* aussi la note 3 du paragraphe suivant.

§ CLII. *Mode de procédure. Crimes. Peines.*

La procédure criminelle pour être régulière, et pour ressembler à un jugement en matière civile, consistait en ce qu'un magistrat portait l'affaire devant le peuple (*diem dicebat ad populum*), qui en connaissait lui-même, ou, qui désignait pour l'examiner, des commissaires spéciaux, appelés *Quœstores parricidii*, comme nous disons *inquisiteurs*, ou mieux *instructeurs.* On donnait à cette procédure le nom de *Judicium publicum ;* mais cette qualification n'était pas employée pour faire entendre que la *publicité* était une condition essentielle, elle l'était uniquement pour montrer que l'accusé jouissait de l'avantage particulier d'être jugé par *le Peuple entier.* Cependant on ne

peut pas douter qu'en outre les magistrats n'eussent le pouvoir d'infliger eux-mêmes de véritables peines publiques, tant aux esclaves et aux étrangers, qu'à des citoyens, mais seulement, à ces derniers, en temps de guerre et lorsqu'ils étaient à l'armée (1).

Les douze Tables désignent comme crimes qui entraînent ce mode de procédure : la haute trahison (*hostem concitare*, et *civem hosti tradere* (2); les assemblées nocturnes, le meurtre et surtout le parricide, l'incendie, le parjure, la prévarication d'un magistrat, certains outrages (*occentare*) (3), la destruction des céréales opérée nuitamment, la magie et l'infidélité du patron envers ses cliens.

La plupart de ces crimes entraînaient la peine capitale; mais comme l'arrestation du coupable n'accompagnait pas la mise en jugement, et que l'accusé pouvait donner des cautions (*vades publici*), cette disposition lui permettait de se soustraire à la mort par un exil volontaire (*solum vertere exsilii causâ*) (4).

(1) Cicéron (*de leg.* 3, 3) s'exprime ainsi à ce sujet : *magistratus nec obedientem et noxium civem multa, vinculis, verberibusve, coerceto..... cum magistratus judicassit inrogassitve, per populum multum pœnæ certatio esto. Militiæ ab eo, qui imperabit, provocatio ne esto : quodque is, qui bellum gerat, imperassit, jus ratumque esto.*

(2) Gajus (*fr.* 3. *D.* 48, 4) cite ces mots comme étant

inscrits dans les douze Tables. Jacques Godefroy les a fait entrer dans la neuvième; mais il a substitué *perduellis* à *hostis* (§ 96, note 1).

(3) Ce mot, que Festus explique à part, est certainement aussi le seul qui fût consigné dans les douze Tables. Le passage entier, tel qu'on le lit dans les Tusculanes de Cicéron (4, 2) et dans Saint-Augustin, qui le rapporte (*de civit. dei*), d'après le traité de Cicéron *de republicâ*, que nous ne possédons plus, n'a pas été copié, sans doute, d'une manière littérale par Cicéron; car s'il en était ainsi, il en résulterait que le mot *infamia* aurait déjà été employé dans les douze Tables.

(4) C'est dans Tite-Live (3, 13) que nous trouvons le premier exemple d'un exil volontaire pour cette cause.

§ CLIII. *Revenus et dépenses publics.*

V. L'administration des revenus et des dépenses publics se faisait encore alors d'une manière fort simple, et les causes de cette simplicité ne sont pas très-difficiles à assigner. A cette époque, en effet, on n'avait à payer ni traitemens ni récompenses, ou du moins on n'en avait pas à beaucoup près autant qu'il y en eut dans la suite (§ CXXXII, note 1). En outre les distributions publiques, si dispendieuses, étaient encore inconnues, ou au moins fort rares. Enfin il n'y avait encore que très-peu de travaux publics, tels que routes, aquéducs et égouts (*opera publica* en général), soit à construire, soit à entretenir. Les sources des revenus publics découlaient d'abord des impôts qu'on frappait sur la

fortune des citoyens en vertu du cens, ensuite du tribut levé sur les terres des Plébéiens, et enfin de la portion qui revenait à l'État sur le butin fait dans une guerre dont le résultat avait été favorable. Il faut aussi ranger parmi les mêmes sources les terres appartenant au peuple, qui étaient censées devoir lui rapporter un certain revenu (*vectigal*), mais dont les Patriciens très-souvent s'étaient déjà mis en possession, sans payer les redevances qui y étaient attachées : ce fut cette jouissance qu'on essaya plusieurs fois de leur enlever par des lois (*lex agraria*) toujours fort agréables au peuple (1). On ne connaissait pas encore à Rome ce que nous appelons des *impôts indirects*, non plus que des *droits régaliens*, tels par exemple, que le bénéfice sur les monnaies.

(1) C'est en l'année 268 depuis la fondation de Rome, que Tite-Live (2, 41) parle de la première loi agraire. Déjà dès cette époque on signala les mêmes événemens qui se reproduisirent ensuite toutes les fois que la proposition du partage des terres fut renouvelée ; nous voulons dire, d'un côté la jalousie des Romains contre les Latins, lorsqu'on parlait de destiner également une partie des terres à ces derniers, et de l'autre les efforts constans des Patriciens pour rendre l'auteur d'un pareil projet odieux au peuple même.

§ CLIV. *Police.*

VI. Beaucoup des objets qui sont aujourd'hui du ressort de cette branche spéciale de l'admi-

nistration que nous appelons *Police*, se trouvaient alors compris dans les différentes autres parties du droit romain que nous venons de passer en revue. La *Police proprement dite* était, pour ainsi dire, tout-à-fait inconnue à Rome. A la vérité, on avait pris des mesures contre les prodigues (§ LXXXII), on avait rendu des lois contre l'usure (§ CXXVI), et, de temps à autre, on en proposait pour le partage des terres; mais néanmoins les pauvres n'avaient point d'asile où ils pussent se réfugier; il n'existait, dans la législation romaine, aucune disposition qui les concernât, à moins cependant qu'on ne veuille considérer la loi qui fixait le taux des frais funéraires, introduite en leur faveur comme moyen de prévenir la ruine des familles. Rome n'avait encore d'autres spectacles que les combats de gladiateurs, jeux inhumains, sans doute, mais tout-à-fait appropriés au caractère d'un peuple grossier et belliqueux. Il paraît même que l'usage de ces combats ne s'introduisit qu'assez tard à Rome, du moins dans les cérémonies funèbres. J'ai parlé précédemment des chemins publics (§ LXXXV).

SECONDE PÉRIODE.

DEPUIS LES DOUZE TABLES JUSQU'A CICÉRON.

CHAPITRE PREMIER.

HISTOIRE DES SOURCES.

§ CLV. *Décadence du Patriciat.*

Avant de nous occuper de l'examen des différentes sources, il est indispensable de tracer un tableau rapide de l'histoire romaine, mais en l'envisageant seulement sous le rapport de l'influence que les événemens ont dû exercer sur la législation. Considéré sous ce point de vue, l'événement le plus important de la période dont nous allons maintenant nous occuper, est, sans contredit, la décadence du Patriciat. Cette décadence, commencée aussitôt après la promulgation des douze Tables, et qui fut le résultat de l'abrogation de l'ancienne coutume qui défendait les alliances entre les deux ordres, n'eut lieu cependant que par gradations. Elle ne devint même complète que dans le cours de la période suivante. Son effet principal fut de diminuer

considérablement l'importance du droit de cité. Une circonstance à laquelle on fait en général peu d'attention, me paraît avoir contribué d'une manière puissante à accélérer cette décadence : je veux parler de l'extinction des *maisons patriciennes* (1). L'histoire de tous les peuples nous apprend que la tige masculine, soutien unique de toute maison, finit toujours par s'éteindre au bout d'un certain laps de temps, dont la durée varie en raison de certaines circonstances accessoires. Cette extinction, il est vrai, n'était point favorisée à Rome par le droit de primogéniture, qu'on n'y connaissait pas; elle ne l'était pas non plus par le célibat, mais elle l'était, d'une manière remarquable, par les guerres continuelles et par la dissolution des mœurs (§ XXXV, note 1), qui faisait considérer le mariage comme un fardeau. A la vérité, l'adoption présentait un moyen facile de neutraliser les effets de cette extinction; mais il paraît que le même esprit de caste qui plaçait les Patriciens à une si grande distance des autres Romains, leur inspirait également beaucoup de répugnance à profiter souvent de la ressource que le droit civil leur offrait, sous ce rapport, surtout lorsque l'adoption aurait eu pour résultat de faire passer un Plébéien dans la classe patricienne (§ LXXII). Peut-être cette répugnance procédait-elle aussi de la crainte que le culte privé (*sacra*) ne fût en même

temps transféré dans une autre famille, et on sait que, dans tous les cas autres que l'adoption, il était bien plus facile de se soustraire à cette translation. Il résulte de là que cette extinction dut avoir une influence remarquable sur tout ce qui était relatif au culte, et par suite aussi qu'elle dut en exercer une non moins grande sur le droit civil. Le rapport autrefois général des Plébéiens avec les Patriciens, les premiers en qualité de *Cliens*, les seconds qui étaient considérés comme leurs *Patrons*, vint à cesser dans la même proportion que les anciens patrons s'éteignaient successivement; et à dater de cette époque, le nombre des Romains qui n'avaient jamais eu de patron, se multiplia d'une manière sensible.

(1) Tacite (*Annal.* 11, 25) dit qu'il restait déjà fort peu de familles des *majorum* et *minorum gentium* sous l'empereur Claude.

§ CLVI. *Marche graduelle de ce changement.*

Le caractère des Romains était tellement peu disposé pour les révolutions subites, que ce sont plutôt des siècles que des années qu'ils faut assigner à la durée des diverses formes de leur constitution politique. Ainsi c'est à tort qu'on voudrait considérer l'année 387, dans laquelle on vit pour la première fois un Plébéien couvert de la pourpre consulaire, comme formant le commen-

cement d'une ère nouvelle qui s'ouvrit en faveur des Plébéiens. Deux motifs s'opposent à cette opinion : c'est, d'abord, que, dès avant cette époque, les Plébéiens étaient parvenus à exercer, sous d'autres noms (*Tribuni militum consulari potestate*), le pouvoir souverain, et en outre que, précisément dans cette même année, on créa quelques nouvelles magistratures, parmi lesquelles l'une, dans le principe, fut exclusivement réservée pour les Patriciens. La première de ces magistratures fut celle de *Préteur*, qui était en quelque sorte un troisième consul (*collega consulum*), à la vérité inférieur aux deux autres en pouvoir, et même soumis à leur autorité (1). Ses fonctions consistaient à rendre la justice, et c'est là ce qui lui fait remplir un rôle aussi important dans la jurisprudence romaine. Plus tard on institua des *Édiles* assimilés aux grands magistrats (*Ædiles curules*). Cette institution n'est pas non plus sans intérêt pour l'histoire de la législation, non-seulement parce que l'un d'entre eux, Flavius, s'est rendu à jamais célèbre, mais encore parce que l'inspection qu'ils exerçaient sur la police fournit une nouvelle source assez féconde pour le droit romain.

(1) Ce qui prouve que le Préteur n'était pas assimilé aux Consuls, c'est que les Plébéiens n'auraient sans doute jamais consenti à ce qu'une des premières dignités de l'état fût ré-

servée exclusivement aux Patriciens, attendu que par là ceux-ci se seraient trouvés à portée de restreindre l'autorité des Consuls plébéiens. A la vérité, ce motif cessa dans la suite d'être applicable, mais alors et depuis long-temps on avait contracté l'habitude de regarder le nombre des Consuls comme invariable, peut-être même uniquement à cause de la confusion que le principe contraire aurait jeté dans la désignation des années, tandis que celui des Préteurs, au contraire, était sujet à varier.

§ CLVII. *Domination sur l'Italie.*

Ce fut à partir de cette époque que les familles plébéiennes eurent le moyen de s'illustrer aussi (*nobiles*), en occupant les grandes dignités de l'État, et celles qui y parvinrent s'empressèrent aussitôt de faire cause commune avec les Patriciens pour opprimer ceux des Plébéiens qui acquéraient pour la première fois *le droit des images* (*imagines*), c'est-à-dire la noblesse pour leurs familles (*novi homines*). Cette émulation entre les deux ordres, jointe à l'esprit guerrier des Romains, contribua tellement à la prospérité de ce peuple, que, malgré la destruction presque totale et l'incendie de sa capitale par les Gaulois, événemens arrivés vers le milieu du quatrième siècle de son ère, il se trouvait déjà maître de l'Italie, par la force de ses armes, dès avant la fin du cinquième. L'un des principes politiques le plus inviolable des Romains, était de ne pas souffrir que les acquisitions nouvelles qu'ils pouvaient faire, arrivassent

à participer complètement aux bienfaits de la constitution primitive de la république. En conséquence, ils ne permettaient jamais que les hommes libres des pays conquis, ceux mêmes qui, parmi leurs compatriotes, pouvaient aspirer aux premiers rangs, devinssent *Citoyens romains* dans toute l'étendue de ce mot. Quelque étrange que puisse paraître un tel arrangement, on ne peut douter cependant qu'il n'ait été goûté par les parties qu'il intéressait le plus. D'abord il était de nature à convenir parfaitement aux Romains, de plus en plus jaloux de leur droit; par là en effet il n'y avait qu'eux qui pussent prétendre à parvenir aux premières dignités de Rome, et ces dignités, il n'était pas considéré comme moins important de les revêtir que de les conférer. D'un autre côté, les individus appartenant à des villes ou à des nations qui jusqu'alors avaient joui de leur liberté, n'envisageaient pas non plus sans quelque satisfaction une pareille mesure, puisque, par elle, ils n'étaient pas privés entièrement de leur ancienne constitution (*autonomia*), et que même à proprement parler, cette mesure ne retranchait, sur leur indépendance nationale, que cette portion dont les peuples étrangers étaient dans l'inévitable nécessité de faire le sacrifice à la prépondérance énorme que Rome exerçait dans la balance politique (*Majestas Populi Romani*). Ils conservaient les places, jusqu'alors l'objet unique

de leur ambition et de leurs espérances, et pour peu qu'une certaine distance les séparât de la métropole, il leur était presque impossible de s'apercevoir qu'ils eussent jamais cessé d'avoir une constitution qui leur fût propre. Il dut arriver fort souvent, dans les cas de dissensions intestines, que l'intervention des Romains était désirée, non-seulement par le parti dévoué à leur cause, mais encore par tous ceux qui redoutaient pour leur patrie les malheurs d'une guerre civile.

§ CLVIII. *Nouveaux Préteurs.*

L'agrandissement successif de la république romaine nécessita la création de magistratures nouvelles. Plusieurs écrivains rapportent à l'an 510 la création du *Préteur des étrangers* (*Prætor peregrinus*); mais comme les preuves sur lesquelles ils appuient cette assertion ne paraissent pas mériter une entière confiance, il est permis de placer à une époque moins rapprochée l'institution de cette fonction. Le nom de *prætor peregrinus*, donné à ce magistrat par opposition avec celui de *Préteur urbain* (*Prætor urbanus*), porté par le Préteur des Romains, la nature des fonctions qui furent dévolues aux Préteurs qu'on ne tarda pas à créer encore, tout nous autorise à penser que dans l'origine ce magistrat ne rendait pas la justice au

sein de Rome, mais bien hors de la ville, peut-être même dans l'Italie entière. A la vérité le témoignage presque unanime de tous les écrivains, dépose qu'il en fut ensuite autrement; mais ne serait-il pas très-possible, et devrait-on s'étonner, que le temps ait apporté quelques changemens dans les attributions du *Prætor peregrinus*, de même qu'il en apporta aussi dans celles des autres nouveaux Préteurs. Toutefois, comme les fonctions de ce magistrat ne se bornaient pas exclusivement à rendre la justice entre citoyens Romains, mais qu'il le rendait encore entre étrangers (*inter cives et peregrinos jus dicebat*) (1), il n'était pas astreint, comme le *Prætor urbanus*, à suivre uniquement le droit romain. Il résulte de cette distinction, que la création de cette charge est, pour la législation romaine, de la plus haute importance, puisqu'elle contribua puissamment à appeler l'attention des Romains et à fixer leurs idées sur les principes de droit qu'on croyait devoir être communs à tous les peuples policés. Ce droit qu'on nomma *Droit des gens* (*Jus gentium*), ne tarda pas non plus à exercer une grande influence même sur le droit des Romains entre eux.

(1) On interprète souvent cette phrase de manière à lui faire signifier que les fonctions de ce Préteur étaient applicables lorsque l'une des parties était un Romain, tandis que l'autre était un étranger, à peu près comme il existe en Allemagne des tribunaux particuliers, appelés *tribunaux*

étrangers (*Gast-Gerichte*), et en Angleterre des jurés *de medietate linguæ*, pour prononcer sur les contestations qui s'élèvent entre deux parties de nation différente. Mais cette phrase peut également vouloir dire que le Préteur rendait la justice et entre les Romains et entre ceux qui ne l'étaient pas. La *lex de Gallia Cisalpina* s'exprime ainsi (*col.* 1. *l.* 24 et 34): *Is qui Romæ inter peregrinos jus dicet*, sans prononcer le mot de citoyens (*cives*). Pomponius (§ 28) dit également: *Plerumque inter peregrinos jus dicebat.*

§ CLIX. *Dissensions intestines.*

Cependant ce n'était ni par l'élévation de quelques familles plébéiennes, ni par l'agrandissement du territoire de la république, qu'on parvenait à remédier à l'inégalité des fortunes particulières, et à la situation soutenue des pauvres, dont le nombre, surtout par suite des affranchissemens, s'augmentait journellement, et formait la majeure partie des Plébéiens. Aussi plusieurs Tribuns du peuple s'empressèrent de profiter de ces circonstances, et n'épargnèrent aucun moyen de se concilier la faveur de la multitude. Ce fut surtout en tempérant, au moins momentanément, l'excessive rigueur des rapports entre un créancier et ses débiteurs, qu'ils y parvinrent le mieux. La sévérité de l'exécution forcée sur la personne du débiteur fut abrogée par la Loi PETILLIA (1) PAPIRIA (§ CDXXVIII), et l'on saisit à cet effet le prétexte qu'un seul créancier en avait abusé. Il fut défendu de charger de liens le débiteur

(*necti*); mais il continua d'être permis au créancier de l'emmener chez lui (*duci*) (2). Lorsque ces importantes questions furent agitées de nouveau (§ L), quarante ans après cette époque (§ CDLXVII), elles suscitèrent la dernière grande révolte, et par suite la troisième retraite (*secessio*) du peuple, qui cette fois eut lieu sur le mont Janicule, de tous les événemens de cette époque celui dont les détails nous sont le moins connus (3). Cependant, à juger par le petit nombre de notions que nous possédons à son égard, il eut des résultats tellement importans, qu'il n'y a peut-être pas, dans toute l'histoire romaine, de lacune que nous devions désirer autant de voir disparaître un jour. On rapporte généralement, et non sans raison, à la période qui nous occupe, la Loi HORTENSIA, qui déclara obligatoire pour le peuple entier non-seulement les Plébiscites, mais encore les Sénatus-consultes (4). On y rapporte également la Loi MÆNIA, portant que les élections faites par le peuple seront désormais indépendantes de l'approbation ou de l'improbation du sénat (*ut Senatus in incertum comitiorum* (*voy.* ci-dessus § CXXXV) *eventum auctor fieret*). Théophile place aussi à la même époque la Loi AQUILIA, relative à certains dommages attentatoires à la propriété ou aux droits d'autrui (5), et à la manière de procéder par *manus injectio* (§ CXXXII). En général sur cette question l'on

a beaucoup trop négligé l'autorité de cet écrivain, quoiqu'il soit très-possible que ce soit faute de l'avoir entendu parfaitement qu'on ait commis cette négligence (6).

(1) Le nom de famille, qu'on lit sur plusieurs médailles, prouve que cette loi s'appelait ainsi, et non pas *Pœtelia*.

(2) *Voyez* Schrader (*Civilistiches Magazin*, tom. V, p. 184. 187), sur le passage suivant de Tite-Live (8, 28): *Victum eo die ob impotentem injuriam unius ingens vinculum fidei, jussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxum meruisset, donec pœnam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniæ creditæ* (*v.* ci-dessus § 122) *bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur.*

(3) Nous ne possédons pas le onzième livre de Tite-Live, celui précisément qui contient la relation de ces événemens; et pour en avoir au moins quelque idée, nous sommes obligés d'avoir recours à Pline, qui n'en parle cependant que d'une manière tout-à-fait incidentelle dans son Histoire naturelle (16, 10).

(4) *Voyez* plus bas le passage de Théophile, que je rapporte en parlant des Sénatus-consultes.

(5) Le premier chapitre punissait la mort donnée à un esclave (*servus*) ou à une bête domestique (*quadrupes pecus*), d'une amende égale à la plus haute valeur que la chose avait une année auparavant. Nous ne savons rien du second, si ce n'est qu'il fut abrogé dans la suite, et qu'il roulait sur une infinité d'objets différens. Gajus nous dit (*p.* 184) qu'il traitait du dommage qu'un *adstipulator* causait au débiteur par la remise de la dette. Le troisième chapitre s'occupait *de omni reliquo damno*, et prenait le dernier mois pour mesure. Il était aussi parlé de la *noxæ deditio* dans cette loi (§ 4. *Instit.* 4, 8).

(6) 4, 3. § 15. Théophile a reçu, sous ce point de vue, comme à tant d'autres égards, des reproches dont Reitz, son éditeur, l'a fort bien disculpé. Il faut toutefois convenir que le passage des scholies cité par cet écrivain ne prouve rien, puisqu'il n'y est manifestement question de la force obligatoire des Plébiscites qu'à l'occasion de cette décision de l'ordre des plébéiens.

§ CLX. *Institutions en faveur des pauvres.*

L'indépendance plus considérable acquise par les Plébéiens, mais surtout l'accroissement de la république en puissance et en richesses, eurent pour résultat les nombreux projets alors présentés, et la plupart accueillis, qui tendaient à procurer à tous les Romains sans distinction la jouissance des nombreuses conquêtes qu'ils avaient faites. Dans cette catégorie se rangent : 1° les *Lois Agraires*, relatives au partage, entre les citoyens pauvres, des terres dont nul ne contestait la propriété au peuple entier, ou qui du moins lui avaient primitivement appartenu; quand les pauvres acceptaient ce bienfait, tantôt ils restaient citoyens, et tantôt aussi ils devenaient Latins; 2° les lois sur la solde et autres prérogatives des gens de guerre; 3° les lois sur les distributions de grains; 4° les lois sur l'abolition de l'usage qui obligeait les particuliers d'entretenir les chemins à leurs propres frais; 5° enfin les lois sur l'abolition de tous les impôts, qui étaient répartis autrefois d'après le cens.

(1) Dans l'édition d'Appien (*de bell. civil.* 1, 8) de Schweighaeuser, l'éditeur a rectifié, d'après deux manuscrits, un passage qui présente les lois agraires sous un tout autre jour. On n'avait jamais statué sur *les* terres en général, c'est-à-dire sur l'étendue qu'un Romain pouvait en posséder au plus, mais seulement sur *ces* terres (τῆς δὲ τῆς γῆς), c'est-à-dire sur celles qui se trouvaient illégalement entre les mains des grands. Ce passage prouve que celui dans lequel Tite-Live parle d'*ager publicus*, n'est, ainsi qu'on croyait, ni apocryphe ni dénaturé.

§ CLXI. *Conquêtes lointaines.*

Les Romains commencèrent au sixième siècle à étendre leurs conquêtes hors de l'Italie. Les relations chaque jour plus intimes qui s'établissaient entre eux et les Grecs, développèrent leurs facultés physiques et morales, et, en multipliant leurs besoins, leur fournirent de nouveaux moyens de les satisfaire. Ces relations leur firent connaître les beaux-arts, et formèrent insensiblement leur goût, sans toutefois contribuer beaucoup à faire naître en eux le désir d'acquérir eux-mêmes les talens qu'ils savaient si bien apprécier dans les autres. Les écrivains grecs trouvèrent aussi des admirateurs, et bientôt même des imitateurs heureux au sein de Rome. Cependant la civilisation ne fit pas à beaucoup près des progrès également rapides dans toutes les diverses classes dont se composaient les habitans de cette ville. A l'avarice vint se joindre la cupidité; la frugalité des temps an-

tiques disparut; et l'intérêt personnel revêtit bientôt toutes les formes, même les plus méprisables, et il parut alors d'autant plus odieux, qu'il n'était plus allié à la force, qui du moins en palliait jadis tout l'odieux, et qu'il ne tournait plus à l'avantage des autres citoyens (1). Les panégyristes des siècles antiques pensaient avec raison qu'interdire l'accès de Rome aux philosophes et aux savans de la Grèce, c'était le moyen de conserver parmi les dominateurs des plus brillantes et des plus délicieuses contrées de la terre, la même simplicité de mœurs qui forma le caractère distinctif du peuple Romain, tant qu'il demeura pauvre et resserré dans d'étroites limites (2). Ils ne pouvaient manquer en effet de s'apercevoir que l'éloquence du barreau chez les Grecs, que la coutume introduite chez les orateurs de cette nation, de critiquer, toutes les fois qu'il était nécessaire à la défense de leur cause, les principes consacrés par leur droit reçu, que tout cela enfin était incompatible avec la sévérité du droit civil des Romains. La philosophie grecque ne fut pas moins funeste pour l'ancienne superstition romaine, que l'éloquence ne l'avait été pour le droit civil, et elle détruisit en même temps plusieurs des avantages qui en avaient été la suite (§ CXLII).

(1) Considéré sous un point de vue moral, le passage suivant de Cicéron (*Somn. Scip.* 3,), *quo sis, Africane, alacrior ad tutandam rempublicam, sic habeto, omnibus qui*

patriam conservarint, adjuverint, auxerint, certum esse in cœlo ac definitum locum, ubi beati ævo sempiterno fruantur, peut prêter singulièrement à la critique ; mais les sentimens que ce passage exprime sur la grandeur et la gloire de la patrie, sont infiniment meilleurs que ceux qui régnaient presque généralement à cette même époque ; dans ce temps, en effet, il était plus d'un grand personnage qui ne songeait qu'à ses intérêts particuliers, et qui n'envisageait les événemens de sa patrie que par rapport aux pertes ou aux avantages qui pourraient en résulter pour lui.

(2) Ce n'est que vers la fin du sixième siècle seulement que l'espèce de colonie des philosophes d'Athènes établie à Rome en fut renvoyée sur les instances de Caton le censeur. Peu de temps après, parurent l'un après l'autre deux Sénatus-Consultes qui prononçaient l'expulsion des philosophes ou rhéteurs. Mais avant cette époque Polybe avait déjà été à Rome, et il est très-vraisemblable que Panætius, chef d'une secte de Stoïciens, y enseignait à cette époque même, puisque Scipion le jeune s'honorait de son amitié ainsi de que celle de Polybe.

§ CLXII. *Provinces.*

Il est facile de concevoir que les habitans des pays conquis par les armes romaines ne pouvaient, lorsque ces pays étaient éloignés, prendre aucune part à l'autorité souveraine. Ceci est d'autant plus aisé à comprendre que les anciens n'avaient aucune idée, même vague ou confuse, d'une mesure que les modernes ont tant préconisée, et qui consiste à choisir, parmi plusieurs milliers d'individus, un seul homme que l'on revêt d'une voix délibérative sur une matière

quelconque, et dont le suffrage est considéré par ceux qui le choisissent, comme étant l'expression de leur propre opinion. Un royaume conquis, ou la réunion de plusieurs villes ou contrées soumises à la domination romaine, constituait une province (*provincia*), et ce fut ainsi que ce mot acquit une signification géographique (§ CXLI). On nommait d'abord, pour organiser ces contrées, un ou plusieurs commissaires, par cette espèce de décision que, suivant notre manière de nous exprimer, nous appelons *une loi* (*lex*) (1). Ensuite, mais ce fut seulement dans le principe, un magistrat romain était envoyé dans la province pour la gouverner. Bientôt on aima mieux accorder, pendant une ou plusieurs années, des pouvoirs particuliers aux magistrats revêtus des hautes fonctions de l'État, et dont l'autorité venait d'expirer. C'est ainsi que l'administration d'une province était confiée à l'un des Consuls ou au Préteur sortant de charge, qui l'administrait sous l'une ou l'autre de ces deux qualités *Pro consule*, ou *Pro prætore*. On eut recours à cette nouvelle mesure, d'abord pour éviter l'embarras d'élections trop nombreuses, ensuite, afin que les habitans de Rome, ayant déjà apprécié par eux-mêmes la sagesse des magistrats qu'ils nommaient de nouveau, ne fussent jamais tentés de faire pour les provinces quelque mauvais choix, sous le prétexte plus que léger,

qu'au total ce ne seraient pas eux qui en souffriraient, puisque ceux des Romains qui n'auraient aucune affaire dans cette province, n'auraient point non plus à gémir du gouvernement sous lequel elle allait tomber. Celui qui avait réussi à se faire nommer devait nécessairement se trouver fort heureux de pouvoir jouir de son ancienne nomination pendant un temps plus long que le court espace d'une année; mais cette perspective, quelque séduisante qu'elle fût, n'était pas encore ce qui devait le flatter le plus; sa nomination avait encore un autre avantage plus réel, puisqu'un pareil surcroît de dignités et de magistratures publiques lui fournissait une occasion excellente, presque toujours pour s'enrichir, et souvent même de s'illustrer. Néanmoins cette chance probable, pour la personne désignée, de faire une fortune considérable, eut l'influence la plus fâcheuse sur les choix eux-mêmes; bientôt ce fut un usage général de faire entrer en ligne de compte ce qu'on pouvait dépenser afin de corrompre les électeurs et de gagner des voix, sans compromettre ses intérêts, c'est-à-dire sans dépasser, par une telle dépense, la somme qu'on se promettait de recueillir. On alla encore plus loin; et lorsque, par la suite des temps, la mauvaise administration des provinces eut donné lieu de multiplier les plaintes contre les abus dont ces contrées étaient victimes, les candidats de ces

magistratures durent également porter dans leurs calculs, non-seulement les sommes nécessaires pour assurer leur élection, mais encore celles qu'ils seraient obligés de débourser pour corrompre les juges, les témoins et souvent même l'accusateur, dans le cas où des plaintes semblables viendraient à s'élever contre leur gestion. Ce qui formait la base principale de ces gains illicites, c'était la conduite à tenir envers les capitalistes romains, qui employaient leurs fonds aux fermes publiques dans les provinces. Il en résultait que parmi ces derniers, celui qui voulait s'assurer l'impunité devait chercher à acquérir une somme supérieure à celle qu'il eût dû légitimement gagner, d'abord afin de faire quelques bénéfices pour lui-même, et ensuite afin aussi de pouvoir gagner les magistrats dont il était environné, ou afin qu'au moins ceux-ci se crussent obligés de fermer les yeux sur les exactions par lui commises.

(1) C'est ainsi que Cicéron, dans sa plaidoirie contre Verrès, cite la loi Rupilia pour la Sicile. Il est aussi parlé de la loi Rubria pour la Gaule cisalpine dans la *lex de Gallia cisalpina*.

§ CLXIII. *Leur influence sur le Droit Romain.*

L'administration des provinces remplit une place importante dans l'histoire du droit romain, parce que chaque magistrat chargé de les gouverner se trouvait en même temps placé à la tête

de l'administration de la justice, et réunissait ainsi dans sa personne l'autorité qui, à Rome était partagée entre les Préteurs et les Édiles, ce qui signifie en d'autres termes qu'il était obligé de rendre la justice non-seulement entre les Romains de sa province, mais encore entre ceux qui n'en étaient pas. Cette circonstance devient d'autant plus importante, que les recueils dans lesquels le droit romain est parvenu jusqu'à nous, n'ont point été composés dans la capitale même de l'empire, mais dans les provinces, et que nous y trouvons encore des traces des différences qui existaient entre ces dernières et la ville de Rome (1).

(1) Ici se rapportent ces mots de Gajus: *Fr.* 32. *pr. D.* 1, 3. *Jus quo urbs Roma utitur*, qui indiquent un contraste, et qui ne peuvent pas être considérés comme une autre manière de rendre la phrase suivante: *Id, quod moribus et consuetudine inductum est.* On peut citer aussi ce passage (*fr.* 9. § 3. *D.* 23, 3): *ut Romæ vulgo fieri videmus*, et une foule d'autres encore. (Voyez *Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 472.)

§ CLXIV. *Les peuples alliés de l'Italie deviennent Romains.*

Vers la fin de la seconde période (l'an 663 à peu près), le droit romain proprement dit étendit son empire sur un bien plus vaste terrain. A cette époque en effet, et après une lutte qui

fut moins longue que sanglante et meurtrière, les premiers alliés des Romains, les habitans libres de l'Italie, c'est-à-dire de cette portion qui n'avait jamais été considérée comme une *province* dans l'acception propre du mot, les peuples enfin, qui avaient pris une part si active aux victoires anciennes et récentes, et qui étaient unis par les liens du sang avec un si grand nombre de familles romaines (1), parvinrent à obtenir la pleine et entière jouissance des droits de citoyen romain. Cette lutte, la première guerre civile véritable qui eût éclaté chez les Romains, et qu'on appelle *guerre des alliés* (*bellum sociale*), pour la distinguer de celles qui désolèrent ensuite la république, se termina d'une manière fort remarquable. Il n'y eut point de traité de paix, parce que l'on considéra qu'il n'y avait point eu de *guerre* entre des peuples indépendans; mais le peuple de Rome rendit plusieurs décisions (*leges*) par lesquelles successivement les habitans de tous les pays révoltés obtinrent la jouissance des droits qu'ils venaient de revendiquer, et pour lesquels ils avaient pris les armes. Il leur suffit pour acquérir ces droits de déclarer qu'ils étaient satisfaits de toutes les clauses particulières de ces différens actes, circonstance que les Romains désignaient par cette phrase : *Si fundi facti essent*, ce que, chez les modernes, on indiquerait par celle d'*adopter la constitution*.

(1) Un grand nombre de ces villes ou de ces contrées avait obtenu le *connubium*, une foule de leurs citoyens étaient devenus Romains, enfin les fondateurs de plusieurs villes étaient de véritables Romains, que la pauvreté seule avait jadis décidés à abdiquer leur qualité en consentant à accepter les terres qu'on leur offrait dans une colonie dont les habitans n'étaient pas appelés à jouir d'autres droits que ceux des Latins (§ 160). Il y a donc beaucoup d'analogie entre cette lutte et celle, à la vérité moins sanglante, qu'autrefois le peuple avait soutenu contre les Patriciens, et dans laquelle ceux-ci furent également obligés de céder. Il y a cependant cette différence que, dans la circonstance présente, les Plébéiens prétendaient conserver la jouissance jusqu'alors exclusive pour les seuls Romains, de leur ancien droit, tandis qu'autrefois c'étaient les Patriciens seuls qui avaient mis en avant une semblable prétention. Aussi Claude dit-il avec raison (Tac. *Ann.* 11, 24) : *Plebeii magistratus post Patricios, Latinos post Plebeios, cæterarum Italiæ gentium post Latinos.*

§ CLXV. *Plébiscites à ce sujet.*

Nous avons parlé plus haut (§ IV) de deux monumens antiques (la Table d'Héraclée et la *loi* de la Gaule cisalpine), dont, à la vérité, d'après les fragmens qui nous en restent, aucun ne nous représente même la plus grande partie du Plébiscite que chacun était destiné à conserver, mais qui néanmoins sont tous deux d'une grande importance. Ils en ont même une de beaucoup supérieure à toutes les autres sources des différens écrits dans lesquels nous puisons la connaissance du droit romain. Nul doute que l'un de ces

monumens, *le Plébiscite pour la Gaule cisalpine*, dans lequel il est parlé aussi d'une loi RUBRIA, relative à la même province, n'ait rapport à la matière dont nous nous occupons maintenant. La même certitude n'existe pas au sujet de l'autre Plébiscite, quoiqu'il soit également relatif à une contrée de la basse Italie ou de la Grande-Grèce. Ce qui fournit une occasion de doute, c'est que ce dernier acte roule de même sur une foule d'objets tout-à-fait étrangers à celui en question; ainsi par exemple, il y est parlé de la police des rues dans l'intérieur même de Rome. Or cette police, il était certainement difficile de l'imiter dans les petites villes; mais, d'une autre côté, on ne pouvait cependant pas non plus l'abandonner à l'arbitraire de leurs habitans. La solution de cette question dépendrait peut-être de celle de savoir si l'on peut dire que les droits et les devoirs étaient fixés dans les décrets de réunion, d'une manière différente selon que l'habitant de la province réunie se rendait à Rome, ou bien qu'il restait dans sa patrie.

§ CLXVI. *Sources nouvelles du Droit.*

On peut ranger sous deux classes ou séries principales, c'est-à-dire *législation positive*, et *droit coutumier*, toutes les nouvelles sources du droit qui s'ouvrirent à cette époque (1). De ces

deux classes, celle que j'indique la première est sinon la plus féconde, du moins la plus certaine. A la *législation positive* appartiennent 1° les PLÉBISCITES, en y comprenant les décisions du *Plebs;* 2° les SÉNATUS-CONSULTES.

Le droit coutumier comprend : 1° le DROIT PRÉTORIEN, c'est-à-dire celui qui est né des édits, ou ordonnances rendues par les magistrats; 2° le DROIT ROMAIN introduit par les jurisconsultes (2). Cependant, quant au Droit prétorien, comme, on est forcé de convenir, qu'il doit son origine à une espèce de législation antérieure, il devrait, sous ce rapport, tenir le milieu entre les deux classes de ces différentes sources. On n'a que des idées presque entièrement fausses sur ces quatre espèces de sources, et par exemple on en a de beaucoup trop favorables sur les *Lois*, et de beaucoup trop mauvaises au contraire sur les trois autres sources. Il est vrai cependant que cette ignorance n'a pas empêché qu'on n'ait quelquefois rencontré juste à l'égard de cetaines questions particulières sur cette matière, et entre autres sur quelques-unes de celles qui concernent les *Lois* (3). Il n'est pas rare même que des écrivains disposés à adopter en théorie les idées les plus justes sur tel ou tel objet donné, se laissent ensuite, dès qu'il s'agit d'en faire l'application, entraîner à des opinions erronées, comme en quelque sorte par suite d'une

malheureuse habitude. Ce qu'il nous importe au surplus d'acquérir, d'après la nature même des seuls renseignemens que nous ayons à notre disposition, ce sont surtout les notions les plus générales. Parmi ces diverses sources il n'y a que les Plébiscites seuls qui fournissent matière à quelques observations de détail, tandis qu'on n'en possède aucune de même nature sur les Sénatus-consultes rendus dans le cours de cette période. Au surplus il nous est impossible d'établir ce que Léibnitz appelait l'*Histoire intérieure du Droit* (§ II, note 1), c'est-à-dire de déterminer quel est le magistrat, ni même quel est le jurisconsulte, qui le premier a mis telle ou telle maxime en vigueur.

(1) Cicéron exprime cette idée de la manière suivante (*de Orat.* 1, 42) : *Sit ergo in jure civili finis hic, legitimæ atque usitatæ in rebus causisque civium æquabilitatis conservatio.*

(2) Il vaut mieux rapporter de suite ici le passage de Cicéron (*Top.* 5) : *Definitiones aliæ sunt partitionum....... ut, si quis jus civile dicat id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, juris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, æquitate consistat.*

(3) Haubold a donné la liste de tous les auteurs qui se sont occupés des Plébiscites, dans ses *Institutiones litterariæ*, et de ceux qui ont écrit sur les Sénatus-Consultes dans ses *Institutiones historico-dogmaticæ.* Mais il est bon de faire observer ici que tous les Sénatus-Consultes connus datent de la troisième période.

§ CLXVII. Plébiscites.

I. Il y eut un nombre prodigieux de plébiscites rendus dans le cours de cette période. Chacun d'eux tire son nom du magistrat qui en avait présenté le projet. Leur dénomination était formée à l'aide du nom de la race, en lui donnant une terminaison féminine, ou par celui de la famille, pris au génitif. Quant à la matière qui formait le sujet de ces actes, on l'exprimait par la préposition *de*, ou par le génitif, ou enfin par un adjectif au féminin. On rédigeait ces sortes de lois avec un soin extrême, afin qu'il fût impossible de leur prêter un sens différent de celui qu'elles avaient réellement, et ce qui prouve quelle attention scrupuleuse on apportait à cet égard, c'est non-seulement la précaution prise quelquefois par le législateur d'avertir qu'il ne faut pas confondre un exemple avec un autre (1), mais encore la formule si souvent répétée dans ces actes : *ex hac lege nihil rogatur* (E. H. L. N. R.). Mais, à Rome, comme partout ailleurs, la législation s'occupait bien plus du droit public que du droit civil : il résulte de là que, quelle que soit le Plébiscite qu'on examine, fût-il même destiné en apparence à fixer uniquement un point de pur droit civil (*leges de jure civili* (2), *civiles leges*, et non comme disent les modernes, *leges privatæ*), il

n'est presque jamais impossible d'y découvrir des rapports plus ou moins indirects avec le droit public (3). Presque tous ceux de ces actes rendus pendant le cours de la seconde période furent des décisions prises par les Plébéiens seuls (*plebs*), et cette circonstance tient à ce que les tribuns du peuple avaient pour les innovations un goût bien plus prononcé que le Sénat. On ne peut considérer, en effet, ni comme des Sénatus-Consultes, ni comme de véritables Édits la plupart de ceux qui intéressent le droit civil, et peut-être en est-il ainsi parce que les tribuns n'avaient pas d'autre moyen que celui-ci pour introduire dans la république les règles qu'ils voulaient y faire observer. Presque tous devaient leur naissance à ce que ces magistrats plébéiens, en prenant part à l'administration de la justice, cherchaient toujours à se concilier la faveur populaire par quelque innovation. C'est là le motif pour lequel Cicéron (dans le passage cité § CLXVI, note 2) n'établit aucune distinction entre les *Lois* proprement dites et les *Plébiscites*, quoique les anciens fissent de cette distinction un usage presque aussi fréquent que celui que nous avons l'habitude d'en faire d'après les Institutes (§ X, note 2). On a suivi, généralement pour la classification de ces actes, deux ordres différens : ou on les a disposés d'après l'ordre alphabétique de leurs initiales, ou bien l'on a essayé de les ranger par ordre chro-

nologique, et tel a été par exemple le travail de Bach. Mais de ces deux méthodes, la première n'est convenable que pour la facilité des recherches; et quant à la seconde, elle ne saurait être mise à exécution d'une manière parfaite, attendu que nous ignorons la date précisément des Plébiscites les plus importans pour nous. Nous les trouvons seulement cités par les auteurs, comme étant déjà à telle époque, ou en pleine vigueur, ou bien tombés en désuétude; ainsi pour fixer leur date nous n'avons d'autres ressources que des conjectures plus ou moins probables, tirées presque toujours du nom de la race à laquelle appartenait le magistrat qui avait rédigé la loi et l'avait soumise à la sanction de l'ordre des Plébéiens. Mais cette manière d'opérer est bien incertaine, et Bach lui-même est souvent forcé d'avouer que rien ne prouve qu'on doive rapporter effectivement tel Plébiscite à l'année dans laquelle il suppose que cette loi a été rendue. Ajoutons encore que Gajus nous a fait connaître un grand nombre de Plébiscites, ayant tous rapport au droit civil, mais à l'égard desquels l'altération de certaine partie du manuscrit de Gajus ne permet pas toujours, sans s'exposer à une erreur, de déterminer le nom de celui qui les a proposés. La marche la plus convenable à suivre paraît donc être celle de classer seulement d'après leur contenu tous les Plébiscites qu'on sait ou qu'on présume avoir appartenu à telle

période déterminée. Cette méthode présente aussi l'avantage de faciliter les comparaisons qu'on voudrait établir entre un Plébiscite dont le nom et l'objet seraient déjà connus, et un autre Plébiscite que le hasard pourrait faire découvrir. Au moins est-il vrai qu'elle offre le moyen de reconnaître et de décider avec une sorte de probabilité et de vraisemblance si c'est ou non la même loi qui se trouve citée dans deux endroits différens. Au surplus, il est à peu près superflu de dire que toutes ces observations ne sont applicables qu'aux seuls Plébiscites ayant rapport au droit civil.

(1) *Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 445, dans la *lex de Gallia cisalpina*, C. 20, lig. 47-50.

(2) Cic. *pro Balbo*, 8.

(3) Heineccius se trompe étrangement, lorsque, pour établir, dès les premiers paragraphes de ses Institutes, quel était le nombre des lois romaines, il rapporte ce passage de Tite-Live (3, 34) : *Immensus aliarum super alias acervatarum leges cumulus ;* il eut au moins dû faire observer, à cette occasion, que la plupart de ces lois n'ont aucun rapport au droit civil. Il n'a pas été plus heureux lorsque, se laissant guider, si je ne me trompe, par Merille, il rapporte ici cette phrase de Justinien sur les ballots de lois formant la charge de plusieurs chameaux (*multorum camelorum onus*), phrase devenue depuis si célèbre, et qui n'a aucun rapport avec cette matière. Enfin, Hoepfner, en voulant aller encore plus loin, ne s'est pas moins trompé lorsque, pour ajouter plus de force au passage de Tite-Live, il observe que le nombre des lois devint par la suite plus considérable qu'il ne l'était à l'époque

de ces écrivains, puisqu'à ce moment il n'y avait pas encore de *Constitutions des Empereurs*.

§ CLXVIII. *Plébiscites sur la tutelle et la prescription.*

Les seuls Plébiscites qui aient rapport aux principes sur le droit des personnes, consistent en une loi sur le droit de cité, et dans la Loi Atilia sur la nomination des tuteurs par le Préteur avec la simple majorité des tribuns du peuple. En admettant qu'avant cette époque, il n'était pas encore en principe qu'un tuteur pouvait être nommé par l'autorité judiciaire, il serait prouvé du moins, d'après Tite-Live, que ce Plébiscite est antérieur à la découverte des Bacchanales (an 566), et au Sénatus-Consulte relatif à ces fêtes.

On peut placer dans la doctrine de l'acquisition de la propriété, les lois suivantes, savoir :

La loi Licinia contre l'aliénation faite par un co-propriétaire, dans le but d'éviter la demande en partage formée contre lui. Comme elle ne se trouve citée qu'une seule fois dans les Pandectes (1), nous ne connaissons non plus l'ensemble de ses dispositions que l'époque à laquelle elle fut promulguée.

La loi Atinia, désignée par les auteurs comme ayant promis l'usucapion de la chose volée.

La loi Scribonia, citée dans les Pandectes, à

l'occasion de cette espèce de prescription qui entraîne la perte de la servitude dite *altius non tollendi servitus :* elle défendait seulement d'acquérir des servitudes par prescription (2).

(1) *Fr. ult. D.* 4, 7.
(2) Le *fr.* 4. § 29. *D.* 41, 3. C'est absolument le seul passage dans lequel il soit question de cette loi.

§ CLXIX. *Plébiscites sur les testamens.*

La LOI FURIA est un plébiscite fort ancien sur le contenu des testamens (1). Cette loi déterminait qu'il n'y aurait que certaines personnes (2) qui fussent capables de recevoir des legs de plus de mille as, sans être exposées à la restitution au quadruple.

Quant à la LOI VOCONIA *de mulierum hereditatibus* (an 585), tout ce que nous savons à son égard, c'est qu'elle avait pour but de mettre des bornes au luxe et à la dépense des femmes, en tarissant l'une des principales sources de leur richesse, c'est-à-dire en déclarant que la volonté dernière des testateurs ne pourrait plus être aussi libérale en leur faveur. Mais que signifie dans cette loi la clause portant qu'elle n'est applicable qu'aux citoyens inscrits depuis le recensement fait par les derniers censeurs? Cette clause, nécessairement, n'est point une *périphrase* employée pour dire que la loi oblige tous les Romains sans distinc-

tion, puisque cette dernière locution a évidemment sur l'autre le mérite de la brièveté. Ce n'est pas non plus un subterfuge adroit ménagé avec intention dans l'intérêt de ceux qui, par l'effet d'un hasard quelconque, n'auraient été compris dans aucun cens. Il est clair que cette clause se rattache à un passage d'Asconius Pedianus, passage d'ailleurs entièrement inexplicable, et dans lequel cet auteur nous apprend que la LOI VOCONIA n'entendait parler uniquement que des riches. Mais ici s'élève encore un nouveau doute; comment cette loi s'y prenait-elle pour désigner son intention à cet égard? Ce n'est pas la désignation du cens dans le texte de la loi qui tranche la difficulté, puisque cette loi ne parle pas des personnes inscrites *par* les Censeurs actuels, mais de celles qui l'ont été *depuis* ceux-ci, et que les nouveaux censeurs qui succédèrent à ces derniers ne furent nommés que dans la même année où l'on proposa la LOI VOCONIA. Était-il donc décidé que ces nouveaux Censeurs ne devaient pas inscrire sur leurs registres tous les Romains ayant de la fortune? Ou bien est-ce la loi elle-même qui faisait la désignation de la fortune qu'il faudrait avoir pour être inscrit par eux, et alors Cicéron, en parlant de la LOI VOCONIA, n'a-t-il omis ces mots, que parce qu'il n'en avait pas besoin pour la preuve qu'il voulait établir, et qu'il lui suffisait à cet effet de la seule

expression de *cens?* Quant à Gajus (3), il ne désigne positivement que les testateurs qui possèdent une fortune de cent mille as. Au reste, ce qu'on ne saurait comprendre non plus, c'est pourquoi Pline cite expressément la Loi Voconia, et la loi Julia et Papia Poppæa, comme étant celles qui fournissaient la source la plus abondante des revenus publics (4), tandis que d'un autre côté Aulu-Gelle (5) dit formellement que la première de ces lois était entièrement tombée en désuétude. Mais au total ce n'est là qu'une chose assez indifférente pour nous, et nous pouvons d'ailleurs, en supposant quelque faute de copiste, expliquer facilement la contradiction qu'on remarque entre ces deux écrivains, tandis qu'au contraire il importe beaucoup à l'historien du droit civil, de connaître quelles étaient les dispositions de la Loi Voconia sur la succession *ab intestat.* Il serait indispensable par exemple de savoir si, au moment où cette loi parut, les femmes ne jouissaient déjà plus du bénéfice de cette succession, et depuis quand elles en étaient privées (6); ou bien si cette loi, dont il n'est fait mention qu'à l'occasion des testamens, avait aussi pour but d'exclure pour la première fois les femmes de la succession *ab intestat*, supposition qu'on a admise afin de lever toutes les difficultés que présente ce sujet obscur (7). Il ne serait pas moins utile de connaître si Voconius avait voulu

exclure expressément ou tacitement les femmes, que jusqu'alors il avait encore été permis d'instituer en qualité de plus proches héritiers *ab intestat*, de la classe des personnes auxquelles on avait déjà attribué le droit d'attaquer un testament fait à leur préjudice. C'est en effet à cette loi, ou du moins à son esprit, qu'on attribue les restrictions apportées à l'hérédité légitime des femmes *consanguines* par opposition avec les femmes *agnates* (8). Peut-être aussi était-il décidé par elle que nul légataire ne pourrait recevoir plus que l'héritier (9); mais cependant il est permis de douter que les legs destinés aux femmes fussent soumis à cette restriction, et bornés à une certaine somme, car la Loi Voconia paraît n'avoir pas été constamment observée, et s'être fondue par la suite avec d'autres plébiscites plus récens. C'est même cette fusion qui répand une si grande obscurité sur le sort que cette loi éprouva dans la période suivante (10).

(1) Cicéron (*pro Balbo*, c. 8) cite la Loi Furia avant la Loi Voconia, et ajoute : *Apud majores nostros*. Gajus (p. 112, lig. 16), et Théophile (2, 22) d'après lui, disent expressément que la Loi Voconia est moins ancienne que l'autre. La désignation des espèces de la somme prouve aussi que la Loi Furia remonte à une époque fort éloignée.

(2) Il n'est pas prouvé que les personnes exceptées fussent les plus proches parens consanguins. Ulpien, au contraire, (1, 2) se contente de dire, en thèse générale, à l'occasion de cette loi : *Præter exceptas personas*, tandis que, dans

un autre passage, étranger au sujet dont nous nous occupons, (§ 1) il dit positivement: *Exceptis quibusdam cognatis*. Il est vraisemblable que Furius avait excepté d'autres personnes que les parens consanguins; peut-être était-ce celles que nous trouvons désignées comme *exceptæ personæ*, *in legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petita*, savoir, l'épouse et la belle-sœur du testateur, cette dernière par rapport à la dot de sa sœur, femme prédécédée du testateur.

(3) P. 124, lig. 1.

(4) *Paneg.* 42. Sous les mauvais empereurs, dit-il, *locupletabant etfiscum et ærarium*... VOCONIÆ *et* JULIÆ *leges*; et cette source, il la déclare aussi abondante que celle provenant des confiscations prononcées contre les personnes reconnues coupables du crime de lèse-majesté.

(5) 20, 1.

(6) Wieling concluait de la Loi VOCONIA elle-même, que le droit de succession *ab intestat* des femmes avait dû être supprimé pendant l'intervalle qui s'écoula entre ce Plébiscite et les douze Tables, dans lesquelles, d'après le témoignage unanime des anciens, nous savons d'une manière assez positive qu'elle était admise (§ 115, note 3).

(7) C'est ce qu'a fait Perizonius dans sa dissertation sur ce Plébiscite.

(8) PAULUS dans la *Mos. et Rom. LL. Coll. T.* 16. § 3. *in fin.*; et *Sent.* 4, 8. § 22 : *Idque jure civili Voconia ratione* (ou *voconiana ratione*) *videtur effectum*. Théophile (3, 2. § 3.) l'attribue aux jurisconsultes qui ont vécu entre les douze Tables et l'Édit *unde cognati*. Toute incertitude disparaîtrait à cet égard si l'on pouvait admettre que la *querelle d'inofficiosité* (*inofficiosi querela*), c'est-à-dire le droit d'attaquer un testament fait à son préjudice, avait déjà lieu à cette époque, et qu'elle était permise aussi à la femme héritière

consanguine. Au reste, il n'est pas très-difficile, pour appliquer la Loi VOCONIA dans les divers cas où elle excluait les femmes, de supposer dans tous ces cas qu'il s'agit d'une fille de famille qui a cessé d'être héritière *sienne*.

(9) CICER. *In Verr.* 1, 43. THEOPH. 2, 22.

(10) Dans le passage de Gajus que j'ai cité, il est parlé, comme d'une législation en vigueur, et par opposition au droit de disposer pour la femme à titre de fidéi-commis, de la défense formelle de faire aucune substitution à leur profit dans le testament d'un citoyen riche.

§ CLXX. *Plébiscites sur les obligations.*

Il n'est pas facile de décider si c'est par un pur effet du hasard que presque tous les Plébiscites, sur le droit privé, rendus pendant cette période, sont relatifs à la troisième doctrine, à celle des obligations, observation au surplus qui s'applique non-seulement à ceux dont nous devons la connaissance à la découverte du manuscrit de Gajus, mais encore à ceux que nous connaissions déjà auparavant. Serait-il possible que cette circonstance fût explicable par un passage de Dion Cassius, dans lequel cet auteur, en déplorant les vices de l'administration de la justice, dit positivement qu'ils procèdent tous de ce qu'on n'a pas observé toutes les lois établies à l'égard des contrats (1). Au surplus nous rangeons également dans la classe qui forme la matière de ce paragraphe, tous les Plébiscites sur l'intérêt de l'argent

et sur la sévérité de l'exécution contre la personne, de même que la Loi Aquilia (§ CLIX).

(1) 36, 23. *Ουτε παντα δικαιωματα ἁ περι τα συμβολαια διατετιγμενα τηρουντες.* Avant que Gajus nous eût fait connaître un si grand nombre de Plébiscites sur les obligations, il était sans doute bien permis de ne faire aucune attention au document précieux que ce passage fournit pour l'histoire de ces lois. Il est à remarquer que parmi les Plébiscites postérieurs à la Loi Cornelia, sur les Édits Prétoriens, et à l'occasion desquels Dion Cassius fait cette remarque, très-peu sont relatifs aux contrats. Serait-ce parce que l'Édit des Préteurs devint alors et plus fréquent et plus complet, que ce nouvel ordre s'introduisit?

§ CLXXI. Loi Plætoria.

Indépendamment de tous ces Plébiscites, nous devons encore citer la Loi Plætoria, dont le nom est si souvent mutilé dans les manuscrits, et se trouve quelquefois changé en celui de Lætoria, sans qu'on eût eu aucun motif suffisant pour se décider en faveur de l'une ou de l'autre dénomination, jusqu'à ce qu'enfin la découverte de la table d'Héraclée (1) est venue nous apprendre qu'on devait donner la préférence à la première. Cette loi concernait les créanciers; elle tendait évidemment à en restreindre le nombre, puisque quand ils avaient contracté avec des débiteurs n'ayant pas encore atteint l'âge de vingt-cinq ans, et qu'ils venaient les poursuivre, il était permis à ceux-ci d'intenter contre ces demandeurs une

action (3) qui leur ravissait l'honneur (4). On ne trouve plus aucune mention de ce Plébiscite dans le droit romain à la fin de la troisième période. Cependant on voit, dans le cours de cette période, qu'on fut obligé de lui donner plus d'extension lorsqu'il fut question de désigner les curateurs de l'empereur Marc-Aurèle (5); et à la même époque *la restitution en entier* (*in integrum restitutio*), qui paraît avoir été introduite pour la première fois par Plætorius, se trouve rapportée expressément dans l'Édit (6).

(1) Ligne 112 de la table entière, ou ligne 38 du second morceau.

(2) Plante nous fait connaître l'âge qu'elle fixait, en lui donnant la qualification de *lex quinavicennaria* (*Pseudol.*, 1, 3. *p.* 68). Constantin (*c.* 2. Th. C. 8 et 12, qui manque dans l'extrait) dit *les années de cette loi*, au lieu de dire tout simplement *les années au-dessous de vingt-cinq*.

(3) Cicéron (*de nat. deor.* 3, 30. et *de off.* 3, 15.) dit que ce *dolus*, cette *circumscriptio adolescentum*, donnait matière à un jugement public (*judicium publicum*).

(4) Dans l'inscription d'Héraclée, il est dit qu'une pareille condamnation rend inhabile à faire partie des magistrats particuliers d'une ville municipale (*ordo municipii*).

(5) Capitolin (*in D. Marco*, *c.* 10.) dit : *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Plætoria vel propter lasciviam vel propter dementiam.* Heineccius prétend qu'il s'agit, dans ce passage de trois espèces de curateurs : 1° des curateurs qui le sont en vertu de la loi Plætoria; 2° de ceux des prodigues; 3° enfin de ceux des insensés. Mais ses adversaires soutiennent que ce fut ce Plébiscite qui établit pour

la première fois qu'on donnerait à l'avenir des curateurs aux prodigues et aux insensés. Il y aurait lieu d'être surpris de ce que Ulpien, à l'occasion de la curatelle, ne parle ni de cette loi, ni de l'âge des vingt-cinq ans (12, 4.), s'il n'existait pas précisément après les mots : *qui, nuper pubes factus, idonee negotia sua tueri non potest*, une lacune à laquelle on n'a point fait attention, parce que ce qui suit n'a aucun rapport à la curatelle, mais aux *cœlibes* et aux *orbi*.

(6) Dig. 4, 4. *De minoribus XXV annis*, et 6. *Ex quibus caussis majores XXV annis in integrum restituuntur.*

§ CLXXII. *Plébiscite sur les* Sponsores *et les* Fidepromissores.

Gajus nous fait connaître quatre Plébiscites qu'on peut rapprocher les uns des autres sous le rapport du but auquel ils tendaient. Ils étaient destinés en effet à empêcher qu'on ne contractât inconsidérément des dettes, soit sans caution, soit avec caution. Cependant on n'y trouve dénommées que les espèces de cautions appelées *sponsores*, *fidepromissores*, en sorte qu'on ignore encore si les dispositions réglémentaires qu'ils renfermaient s'appliquaient aux cautions proprement dites (*fidejussores.*) On ne trouve aucune trace de ces quatre Plébiscites dans Cicéron, tandis qu'il s'en rencontre beaucoup dans les Constitutions de Justinien.

1° Le premier d'entre eux, la Loi Cornelia, fixe à vingt mille as ou sesterces (c'est-à-dire cinquante mille *asses*, un peu plus de cinquante marcs d'ar-

gent), la somme à raison de laquelle un individu (*sponsor* ou *fidepromissor*) peut s'engager pour un an, au nom d'un autre et envers un autre (1). Cette loi non-seulement est la même que la Loi Cornelia, dont les Pandectes parlent en même temps que de deux autres, la Loi Titia et la Loi Publicia, sur lesquelles nous n'avons aucun renseignement (2), mais encore c'est le même plébiscite, ou du moins un tout semblable à celui dont il s'agit dans les premières lignes qui se sont conservées de l'ouvrage d'Ulpien, et dont le contenu était relatif à la *quotité légale* (*modus legitimus*) de ces espèces de donations (3), qui à la vérité ne donnaient pas d'action juridique au donataire, mais qui étaient irrévocables du moment où elles avaient été exécutées. Jusqu'à présent ce principe avait été attribué à la Loi Cincia ; que l'on trouve citée assez fréquemment par les anciens, mais sans être désignée autrement que comme une loi tombée en désuétude, et dont le but unique était (5) de prohiber envers les Sénateurs ces donations *ob causam orandam*, qu'ils se montraient toujours si empressés à accepter (6).

2° Une autre loi, dont le nom est illisible dans le manuscrit de Gajus, enjoignait à celui qui acceptait un *sponsor* ou un *fidepromissor*, de commencer par en faire la déclaration publique (*prædicere palam*).

3° Aux termes de la Loi Apuleia, il existait de plein droit une espèce de société entre les *sponsores* ou *fidepromissores*, dans le cas où ils étaient plusieurs, mais non entre les *fidejussores;* l'effet de cette société était que chacun d'eux pouvait exiger des autres la restitution de ce qu'il avait payé au delà de sa part dans la dette commune. Cette loi étendait son empire hors de l'Italie, et elle est plus ancienne que la suivante (7).

4° Enfin la Loi Furia *de sponsu* (8) dispose qu'en Italie, les *sponsores* et les *fidepromissores* ne seront engagés que ponr un certain laps de temps, et que chacun ne le sera que pour sa part seulement (9). A la vérité, dans cette loi et dans la précédente, le mot *Italie* ne se trouve placé, dans le manuscrit de Gajus, qu'à des endroits où l'écriture est très-difficile à lire; mais ce qui nous autorise à l'admettre, c'est qu'il nous aide à expliquer une exception appelée ANNALIS *exceptio Italici contractus*, qui est tout-à-fait inintelligible sans ce secours (10). Il y a plus, c'est que quand bien même ce serait du terme de *deux* ans et non pas d'*un* an seulement qu'il aurait été question dans la loi, ce ne serait pas encore là un motif suffisant pour refuser de croire qu'elle renfermait réellement ce mot; car en effet combien de changemens n'est-il pas possible que ce délai ou sursis ait éprouvés, après qu'il eut été une fois introduit?

(1) Gaj. p. 161, lig. 13.

(2) D'après le *fr.* 3. *D.* 11, 5. on voit seulement que ces Plébiscites permettaient une *sponsio* ou une sorte de pari dans tous les jeux propres à exercer au fait des armes, ce qui était sans doute une exception à la loi générale qui le défendait.

(3) *Fr.* 5. § 5. *D.* 44, 4; *legis modus*. *Fr* 21. § 1. et *Fr.* 24. *D.* 39, 5.

(4) Caton dit, dans Tite-Live (34, 4), qu'elle avait été rendue uniquement *quia vectigalis jam et stipendiaria plebes esse senatui cœperat.*

(5) *Voy.* Savigny, sur la Loi Cincia, *Zeitschrift* (IV. p. 4). Il est vraisemblable que l'auteur considère tout ce qu'il a dit sur le contenu de l'ancienne loi relative aux donations, comme d'une beaucoup plus grande importance sur cette matière que ne l'a été la Loi Cincia elle-même; au surplus, on n'a d'ailleurs adopté l'opinion que cette loi était relative à cette matière, que parce qu'on ne connaissait aucune autre loi sur les donations, et que Constantin (*C.* 4. *Th. C.* 8, 12.) parle de donations faites aux personnes exceptées par la Loi Cincia (*exceptæ Cinciæ legi personæ*). On a cru devoir rendre les mots Σιντιυ νομυ, employés dans la Novelle 162, *C.* 1. par ceux de *lex Cincia*, que Cujas a cependant traduits par ceux *lex Centia.* Savigny est le premier qui ait fait remarquer le rapport qui existe entre la somme spécifiée par la Loi Cornelia et celle qui était prescrite pour les donations.

(6) Gaj. p. 161, lig. 4.

(7) Id. 160, lig. 12, 22.

(8) Id. 196, lig. 5.

(9) Id. p. 159, lig. 20.

(10) Const. 1. *C.* 7, 40. *De annali exceptione Italici contractus tollenda.*

§ CLXXIII. *Plébiscites sur les* LEGIS ACTIONES.

On trouve enfin dans Gajus l'indication de plusieurs Plébiscites sur les LEGIS ACTIONES (*voy.* § CXXXI). Ce sont d'abord ceux qui ont pour but de déterminer d'une manière spéciale chaque *legis actio* en particulier, comme la Loi PINARIA (1), qui s'occupe *de la consignation judiciaire* (*sacramentum*), la Loi SILIA relative *à la condiction* (*condictio*) dans le cas où il s'agit d'une somme déterminée (*certa pecunia*), la Loi CALPURNIA (2) ayant pour objet la demande de toute autre chose déterminée (*omni certa re*), et enfin la Loi MARCIA (3) qui règle *la saisie au corps* (*manus injectio*) contre les usuriers. Gajus parle aussi de quelques autres Plébiscites qui tous ont rapport à *la saisie au corps* (*manus injectio*), savoir, la Loi AQUILIA, dont il a été question plus haut (§ CLIX); la Loi FURIA *testamentaria*, dont nous nous sommes occupés également (§ CLXIX) (4), et une autre loi dont le nom n'est pas bien certain (5). Mais celle qu'il importe le plus de signaler ici c'est la Loi ÆBUTIA, qui se trouve déjà citée, à la vérité une fois seulement, dans les sources qui étaient à notre disposition jusqu'à ce jour. Nous savions, par Aulu-Gelle (6), que cette loi avait apporté quelques modifications à l'ancien droit; mais aujour-

d'hui Gajus nous apprend que c'était elle, ainsi que les deux Lois JULIÆ, qui avait supprimé les *legis actiones* (7). Enfin on doit ranger ici la Loi HOSTILIA, qui prescrivait, suivant les Institutes, d'intenter l'*action de vol* (*furti actio*) au nom de toute personne volée qui était absente pour les intérêts de la république, et la Loi MAMILIA (8) sur les contestations élevées au sujet de la délimitation des propriétés. Cette dernière a été confondue avec une autre sur une colonie, dont le contenu est parvenu jusqu'à nous.

(1) P. 193, lig. 2.
(2) P. 195, lig. 10.
(3) P. 196, lig. 13.
(4) P. 196, lig. 23.
(5) P. 197, lig. 1.
(6) 16, 10.
(7) P. 198, lig. 15.
(8) Cette loi date de l'an de Rome 515.

§ CLXXIV. SÉNATUS-CONSULTES.

II. Les argumens les plus solides se réunissent pour prouver que déjà dans le cours de la seconde période, et non pas seulement à l'époque où Tibère monta sur le trône, les Sénatus-Consultes étaient devenus une des sources du Droit Romain. Cicéron les range expressément au nombre de ces sources (§ CLXVI, note 2). Pomponius, dans son

histoire des sources du Droit, par ordre chronologique, les place avant l'Édit, et bien long-temps avant les Constitutions impériales, dont il attribue d'ailleurs l'origine à une époque antérieure au règne de Tibère (1). Théophile dit, de la manière la plus positive, que les Plébéiens accordèrent force de loi aux Sénatus-Consultes, précisément à la même époque où le Sénat, de son côté, reconnut la validité des Plébiscites, c'est-à-dire au temps d'Hortensius (2). Nous savons d'ailleurs que plusieurs Sénatus-Consultes relatifs à divers points du droit civil, furent rendus dans le cours de cette période (3). Enfin nous en possédons quelques-uns ayant trait au droit civil, et qui datent du commencement de la période suivante, c'est-à-dire d'un temps bien antérieur à celui où l'on prétend qu'ils furent pour la première fois mis au nombre des sources du droit. Parmi ceux-là, il en est même un, le SENATUS-CONSULTUM SILANIANUM, qui porte le nom d'un particulier, quoiqu'un pareil usage n'eût lieu ordinairement que pour les Plébiscites. Mon dessein, en rapprochant d'une manière aussi serrée ces diverses preuves, a été de les offrir dans toute leur force, et à coup sûr, je n'eusse pas manqué de les affaiblir beaucoup si je les eusse présentées mêlées et confondues avec d'autres argumens tendant au même but, mais contre lesquels je sais qu'on peut élever des objections

sérieuses. Ces derniers, que je vais maintenant énumérer à leur tour, sont : 1° le monument d'Héraclée, qui range sur la même ligne les Sénatus-Consultes, les Lois et les Plébiscites, quoiqu'à la vérité cette classification ne soit pas faite à l'occasion d'un principe général du droit (4); 2° un passage d'Horace (5); 3° la place assignée aux Sénatus-Consultes par l'Édit du préteur (6) et les Institutes de Justinien (7), qui les classent avant les Constitutions, argument au surplus qui n'est admissible qu'en supposant que dans ces deux écrits l'énumération des sources du droit soit faite suivant l'ordre chronologique; 4° enfin les probabilités qui portent à assigner la date du règne d'Auguste au Sénatus-Consulte qui décide que l'usufruit peut s'appliquer également aux choses fongibles, acte qu'on ne rapporte d'ordinaire au temps de Tibère, qu'uniquement pour se conformer à l'opinion généralement adoptée.

(1) Pomponius place dans le § 9, les Sénatus-Consultes; dans le § 10, *eodem tempore*, les *Edicta magistratuum;* et dans le § 11, *novissime* seulement, les Édits des Empereurs. Le mot *cœpit* dont il se sert dans le § 9, ne peut fournir une preuve solide, car on le rencontre encore dans le § 5, et c'est en vain aussi qu'on objecterait que, dans le § 12, les Sénatus-Consultes se trouvent nommés après les Édits. Au reste, c'est là, parmi les armes que ce passage a fournies à nos adversaires, celle précisément dont ils ont oublié de se servir, quelque empressement qu'ils aient mis à en puiser jusque dans les termes techniques; peut-être même est-ce

cet empressement qui leur a fait négliger toute autre considération. (*Voy.* ci-dessus § 10).

(2) 1, 2. § 5. « Les Plébéiens voulaient que leurs décisions « fussent applicables aux Sénateurs comme à eux-mêmes, mais « le Sénat exigeait, de son côté, que les Sénatus-Consultes fus- « sent obligatoires aussi pour les Plébéiens..... Hortensius « mit fin à cette discussion, en persuadant aux deux parties « d'adopter chacun les lois rendues par l'autre et de s'y con- « former ». Ce fut bien plus tard encore, ajoute Théophile, que le Sénat prit la place de toutes les assemblées du peuple. L'historien revient encore, dans le § 6, sur ce récit, qui au surplus est parfaitement d'accord avec celui de Denys-d'Halicarnasse. Toutefois, nous ne pouvons juger de cette analogie que d'après la portion de cet historien qui parle des temps antérieurs aux douze Tables, puisque l'autre portion qui retrace les événemens des temps postérieurs est aujourd'hui perdue. Denys dit, en effet (7, 18), que les Plébéiens ne reconnaissaient pas les Sénatus-Consultes, et que le Sénat ne reconnaissait pas non plus les décisions des Plébéiens.

(3) Liv. 26, 34. par exemple à l'occasion des droits des Campaniens; les Tribuns avaient, il est vrai, abandonné formellement l'affaire au Sénat: mais, dans un autre passage du même auteur (39, 3), on voit le Sénat enlever le droit de cité à beaucoup de prétendus Romains; on le voit ailleurs (41, 9) ordonner que quand il s'agirait d'un affranchissement, le magistrat ferait jurer celui qui affranchissait, *se civitatis mutandæ causa non manumittere*, disposition réglementaire dont il n'avait point été question dans le Plébiscite rendu immédiatement avant ce Sénatus-Consulte, sur la même matière.

(4) Ligne 72. NISI QUIBUS UTIQUE LEG. PL. VC. SC. S. VE. C. CONCESSUM PERMISSUM ERIT.

(5) Ep. 1, 16. v. 41. *Qui consulta patrum, qui leges juraque servat.*

(6) Par exemple *fr.* 7. § 7. *D.* 2, 14. NEQUE ADVERSUS LEGES, PLEBISCITA, SENATUS-CONSULTA, EDICTA PRINCIPUM.....

(7) § 3. *Instit.* 1, 2. *Leges, Plebiscita, Senatus-Consulta, Principum Placita.*

§ CLXXV. *Argumens généraux qui établissent que les Sénatus-Consultes étaient déjà une source du droit à cette époque.*

Quand bien même toutes les raisons développées dans le paragraphe précédent n'existeraient pas, les deux considérations suivantes pourraient suffire pour nous convaincre qu'aucun magistrat n'aurait osé refuser de se conformer aux dispositions d'un Sénatus-Consulte, sous le seul prétexte que ce n'était point un Plébiscite régulier; c'est là au surplus la même opinion que Bach s'est efforcé de faire prévaloir, et à l'appui de laquelle il a invoqué des argumens qui ne sont pas tous également concluans (1). La première de ces considérations, consiste à se faire une idée exacte de ce qu'était le Sénat à cette époque. Il formait alors, en effet, une assemblée bien plus ancienne, bien plus inhérente à la constitution même de l'État, que celle des Plébéiens. Tous les magistrats suprêmes étaient membres de cette assemblée, et tous les Tribuns avaient droit de siéger et de voter dans son sein. Il est vrai que chacun d'eux pouvait, par son *veto*, s'opposer à

ce qu'un Sénatus-Consulte fût rendu dans les formes. Mais, au temps même où l'on ne voyait paraître que rarement de nouveaux Plébiscites, leur opposition n'empêchait pas le Sénat de faire connaître au peuple son opinion, laquelle alors seulement n'avait pas force de loi (2). La seconde de ces considérations, c'est que si l'on apporte dans l'examen du droit positif un esprit dégagé de tous préjugés, on peut voir que, dans aucun temps, que chez nulle nation, ce droit ne peut reposer uniquement sur les seuls ordres émanés du pouvoir législatif suprême.

(1) Parmi les argumens invoqués par Bach, mais qui par malheur sont évidemment dépourvus de solidité, on doit ranger celui qui est tiré d'un passage de Cicéron (*de Orat.* 1, 57), relatif à une cause où il s'agissait de prouver qu'un article d'un testament ne devait pas être pris à la lettre, et dans laquelle, à la vérité, l'orateur invoqua divers Sénatus-Consultes, mais seulement en les alléguant comme exemples tirés *ex vita ac sermone communi*, et non dans l'intention de donner à entendre qu'ils contenaient quelques dispositions applicables au cas en litige. Le *Fr.* 23. *pr. D.* 40, 12, cité aussi par Bach, où Mucius Scévola semble parler déjà de plusieurs points sur lesquels des Sénatus-Consultes furent rendus dans la suite, n'est pas concluant non plus. Bach, au contraire, ne rapporte pas le passage de Pomponius, qui aurait pu lui fournir un bien meilleur argument. Il n'invoque point non plus Théophile. Il est bien vrai qu'il cite ces deux auteurs (II, 2, 2. § 2, note 3), en répondant aux objections; mais cette citation d'abord n'est point exacte, et d'ailleurs il n'invoque pas leur témoignage

dans le § 3, où il expose les motifs de son opinion. Enfin, il n'a pas bien compris le passage de Tacite. Toute cette discussion nous offre un exemple, instructif sans doute, de l'histoire *savante* de la jurisprudence, mais assez aride, surtout lorsqu'on sait que les partisans mêmes de Bach lui ont donné tort en cette circonstance.

(2) Par exemple le Sénatus-Consulte VELLEJANUM s'exprimait de la manière suivante, d'après *Fr.* 2. § 1. *D.* 16, 1 : ARBITRARI SENATUM, RECTA ATQUE ORDINE FACTUROS, AD QUOS DE EA RE IN JURA ADITUM ERIT, SI DEDERINT OPERAM UT IN EA RE VOLUNTAS SENATUS SERVETUR.

§ CLXXVI. *Objections élevées par quelques auteurs.*

L'opinion contraire à la nôtre a pris naissance par la fausse interprétation d'un passage de Tacite, dans lequel cet écrivain se borne seulement à dire que, depuis l'avénement de Tibère à la pourpre impériale (1), les élections des magistrats se sont faites dans le Sénat. On a invoqué aussi le témoignage de Polybe à l'appui de cette erreur, tandis que, dans son sixième livre, qui d'abord est en grande partie perdu, et qui ensuite ne parle pas non plus de la différence entre les Lois (*leges*) et les Plébiscites (*plebiscita*), cet écrivain n'attribue pas au Sénat le droit de rendre des Sénatus-Consultes pareils. Au surplus, soutenir une pareille opinion, ce serait en quelque sorte vouloir prétendre que le droit positif ne doit reposer que sur la seule déclaration de la volonté du pouvoir su-

prême, en un mot sur de simples *lois*, et que s'il n'en était point ainsi la jurisprudence ne pourrait dès-lors être appelée *la science des lois*.

(1) *Voyez* ci-dessus § CXXXV, note 2. Lorsqu'on lit ce passage dans son entier, et surtout après avoir parcouru la fin du paragraphe qui le précède : *Candidatos præturæ XII nominavit.....*, on voit qu'il n'y est question que des Comices pour les élections, et qu'il ne donne à entendre ni que le pouvoir législatif ait été remis au Sénat sous Tibère, ni, comme Bach le prétend, que le peuple ait cessé de participer à ce même pouvoir sous le règne de cet Empereur. Les assemblées tenues par le Sénat pour les élections portent encore le nom de *Comices* dans Pline (*Ep.* 5, 20); et les mots *comitia imperii transigit*, employés par Tacite (*Hist.* 1, 14), en parlant de Galba, veulent seulement dire : celui-ci détermina, au lieu et place du Sénat, qui serait Empereur après lui. Tillemont a fort bien compris le passage sur lequel roule toute cette discussion. (*Histoire des Empereurs*, 7.) Reinold (*Opusc.* p. 392) doit également être cité parmi le petit nombre des écrivains de jurisprudence auxquels on peut rendre la même justice.

§ CCLXXVII. EDICTA MAGISTRATUUM.

III. Une des sources les plus fécondes du droit civil était le Droit Prétorien (*jus prætorium, jus honorarium*) (1), qui dut sa naissance aux Édits (*edicta*) des magistrats, c'est-à-dire non-seulement, à Rome, à ceux des deux Préteurs (*prætoris edictum*, rarement *prætorium edictum*), et des Édiles (*edictum ædilium*, appelé aussi

ædilitium edictum, mais seulement dans le titre des Pandectes), mais encore, dans les provinces, à ceux des Proconsuls et des Propréteurs (*edictum provinciale*, et non *proconsulare*). Le but de ces Édits était d'établir pour tous les cas d'une certaine nature, une règle qui dût être observée pendant tout le temps que durait l'administration de ceux qui les avaient rendus. On les nommait *edicta jurisdictionis perpetuæ causa, non prout res incidit, proposita; edicta perpetua* (2); tous ces noms se prenaient aussi également au singulier, et quelquefois l'on admettait également en eux l'inversion du verbe. Ces différens édits, et même aussi, dans la suite, des portions isolées de certains d'entr'eux, portaient le nom du Préteur qui, le premier, leur avait procuré une extension générale ou une durée illimitée; le CARBONIANUM EDICTUM nous en fournit un exemple. Mais il arrivait bien plus souvent encore que leur nom était employé pour désigner l'action à laquelle ils avaient donné naissance, telle par exemple que l'action *Calvisiana, Fabiana, Paulliana, Publiciana*. Quant à la forme extérieure de ces Édits, et d'abord en ce qui concerne le but de la publication, on les inscrivait *in tabulas, in albo u. d. p. r. l. p.* (*ubi de plano recte legi possit*). A l'égard du temps où ils étaient rendus, c'était principalement au moment d'entrer en charge que les ma-

gistrats provinciaux les faisaient connaître. C'est un point déjà reconnu depuis bien long-temps, qu'ils étaient une des sources du droit dès la seconde période. Cependant il s'élève, à l'égard de l'époque précise à laquelle ils remontent, différentes opinions très-divergentes entre elles, et qui toutes ont quelques probabilités en leur faveur. Giphanius (3) fait dériver de la Loi CORNELIA seulement, le droit qu'avait le Préteur de faire un édit. A l'appui de cette opinion, on doit convenir en effet que plusieurs des indices les plus sûrs que nous ayons pour juger de cette époque, se rapportent tous à la période suivante. Ces indices sont, d'abord le parti qu'on tirait de cette source dans les ouvrages de jurisprudence publiés alors, et d'un autre côté l'emploi qu'on en faisait pour étudier le droit romain. Il paraît en effet que l'Édit prétorien avait remplacé, pour cette étude, la loi des douze Tables, que Cicéron atteste avoir encore apprise par cœur dans sa jeunesse, usage aboli de son temps, dit-il : *quas jam nemo discit* (*de legibus*, 2, 23), parce que la plupart des étudians commencent leur droit par l'Édit prétorien, *ex prætoris edicto, ut plerique nunc in hauriendam juris disciplinam* (*de legibus*, 1, 5). Cependant, d'un autre côté, ce qui démontre l'opinion de Giphanius inadmissible, c'est 1° que la *Lex de Gallia cisalpina*, qui parle positivement de l'Édit prétorien, est vraisemblablement anté-

rieure à la Loi CORNELIA ; 2° que cette dernière loi elle-même, suivant Dion Cassius, ordonnait de poursuivre les abus qui avaient pu se commettre dans la rédaction des édits ; 3° enfin, qu'il est bien positif que la préture de Verrès, au temps de laquelle, selon cette opinion, l'Édit n'avait pas encore commencé à être en vigueur, et dans laquelle cependant il fut rendu un Édit, est d'une date plus ancienne que la Loi CORNELIA. Le droit de rendre des Édits paraît donc avoir commencé vers le milieu du septième siècle de la République ; aussi lit-on dans Cicéron (*in Verr.* 2, 1, c. 44) : *posteaquam jus prætorium constitutum est.* Il est vrai que Cicéron assigne aux *Edicta magistratuum*, un rang contraire à l'usage (§ CLXVI, note 2), en les plaçant avant le droit qui résulte de l'autorité de la chose jugée et celui qui provient des réponses des Jurisconsultes ; *res judicata*, et *juris peritorum auctoritas*. Mais ce déplacement pourrait bien provenir de ce que l'orateur a suivi ici l'ordre chronologique ; et c'est une remarque que nous avons déjà eu occasion de faire plus haut (§ CLXXIV), en parlant des Sénatus-Consultes, que le même motif a fait placer avant les Constitutions des Empereurs.

(1) On a donné deux explications différentes de ce terme. Selon l'une il désigne un droit introduit d'*après le pouvoir* de la charge elle-même (*honores*) ; et selon l'autre un droit qui n'est introduit qu'*en l'honneur* de cette même charge (*ab ho-*

norem). A l'appui de la première, qui me paraît la seule admissible, on peut citer le *fr.* 2. § 10. *D.* 1, 2, et le *fr.* 7. *Inst.* 1, 2. C'est en vain qu'on voudrait opposer contre cette opinion la phrase qu'on lit dans le *fr.* 7. § 1. *D.* 1, 1 : AD HONOREM *prætorum sic nominatum ;* elle ne saurait fonder une objection raisonnable, puisqu'on est obligé de prendre ici la préposition *ad* dans le même sens que d'*après, en vertu de,* ce qui, à la vérité, n'est pas parfaitement conforme au mot εἰς employé par Théophile. Ainsi donc le nom de *jus honorarium* est tiré du nom du fondateur de ce droit, comme ceux de *jus pontificium*, *jus feciale*, *jus papirianum* et même en partie *jus prædiatorium*, ainsi que quelques autres semblables.

(2) On ne rencontre ordinairement la qualification d'*Edictum perpetuum* que depuis le règne d'Adrien; mais évidemment si l'on emploie cette désignation, ce n'est que par abréviation, et pour renfermer en un seul mot la définition de l'Édit en lui-même, telle qu'on la trouve dans le *fr.* 7. *pr. D.* 2, 1 ; en un mot pour faire entendre, par opposition avec l'Édit fait pour un cas particulier (*Edictum repentinum*), ce que c'était que celui qui devait durer pendant tout le temps de la juridiction. Il en résulte donc que cette qualification n'était pas moins naturelle que celle de *Quæstiones perpetuæ*, quoique l'Édit et les Questions ne fussent réglés que pour tous les cas qui se présenteraient dans le cours d'une année. D'un autre côté, un passage dans Asconius (*In Cic. pro Cornelio majestatis reo*), dont rien ne peut nous faire suspecter l'authenticité, parle également d'*Edicta perpetua*. Il se garde bien, toutefois, de donner à entendre que le mot *Edictum perpetuum* désignât un ordre de choses qui dût être immuable à perpétuité ; car en effet ce n'est que chez les modernes qu'on l'a pris dans ce dernier sens, qu'il n'eut jamais chez les Romains, même après le règne d'Adrien. Au surplus l'addition d'un adjectif après le mot *Edictum*, dans

l'Édit d'Adrien, était d'autant plus nécessaire, que les Empereurs ayant rendu par la suite d'autres édits, il fallait pouvoir les distinguer de celui-ci, et c'est ce qu'on fit en disant: *Edit perpétuel d'Adrien*, etc. (*Edictum perpetuum Adriani.*)

(3) *OEcon. juris*, p. 122.

§ CLXXVIII. *Argumens qui démontrent l'emploi légal de cette source dans la jurisprudence romaine.*

Heineccius et, bien avant lui, Cujas, Thomasius et plusieurs autres Jurisconsultes ont regardé cette source de droit comme *illégale*. Ils n'ont voulu la reconnaître comme *pure*, qu'à partir de l'époque où Adrien fit rendre un Sénatus-Consulte qui la concernait. Mais les Romains eux-mêmes étaient fort éloignés d'avoir de pareilles idées sur les Édits des magistrats, et d'élever le moindre soupçon sur leur légalité. Ainsi la loi relative à la Gaule cisalpine renvoie positivement à l'Édit du Préteur *peregrinus* (1), et la Loi Cornelia, rendue dans les premiers siècles de la période suivante, suppose au moins l'existence légale des Édits prétoriens, si même ce ne fut elle qui leur donna naissance. Enfin il y avait des Plébiscites qui reposaient sur quelques matières de ce droit prétorien (2). Cicéron, en attaquant le Préteur de la Sicile, convient que l'Édit a force de loi, mais il ajoute que c'est en quelque sorte une loi mise à *l'essai*, et qui ne doit rester qu'une année en vi-

gueur (*lex annua*). Il ne reproche pas à Verrès d'avoir fait un Édit, mais seulement d'y avoir fait entrer tant de clauses pour de l'argent, et d'en avoir violé tant d'autres pour le même motif. (§ CLXXIX, note 1). Lui-même, quand il fut Proconsul d'une province, se crut autorisé à faire un Édit, afin de mettre sa responsabilité à couvert, et il avoue que, dans cette rédaction, il n'hésita pas à profiter, pour certaines matières, des dispositions contenues dans les Édits qu'on observait à Rome (3). Cicéron range positivement les Édits des magistrats parmi les sources du droit romain (§ CLXVI, note 2), et il en explique la validité d'après les principes du droit coutumier en général (4). Enfin il fait observer que de son temps on commençait l'étude du droit par l'Édit, tandis que, dans son enfance encore, les étudians en droit débutaient par apprendre les douze Tables (§ CLXXVII). Le but de la Loi Cornelia, bien loin d'abolir les Edits, fut au contraire de les faire considérer comme des actes légaux ; ce qui le prouve, c'est que Pomponius et tous ceux des autres Jurisconsultes des temps les plus florissans, dont nous possédons encore, dans les Pandectes, les opinions sur l'Édit, se gardent bien d'élever aucun doute sur ce point, ni de faire considérer cette source du droit comme illégale. Bien au contraire ce même écrivain insiste beaucoup pour faire voir combien l'Édit est favorable

aux parties; et les autres Jurisconsultes en parlent comme d'une ordonnance sur la manière de procéder en justice, ou, en d'autres termes, comme d'un *Code de procédure* (5). C'est en admettant que l'Édit faisait réellement partie des sources du droit, qu'on parvient à saisir bien mieux, avec Théophile, pourquoi une pareille mesure n'était point préjudiciable aux citoyens, tandis qu'au contraire, sous l'Empire, l'espèce de Constitutions impériales appelée *Décret* leur portait un si grand préjudice. Il est vrai, d'un autre côté, qu'on peut élever bien des objections contre les raisons que ce même auteur fait valoir pour justifier la force de loi qu'on avait accordée à ces Décrets (6). Il se fonde en effet sur ce que l'Édit était fait toujours par le Préteur avant qu'il eût la moindre connaissance des causes particulières auxquelles il l'appliquait ensuite, et même avant que l'occasion eût fait naître aucune de ces causes.

C'est en considérant les bases sur lesquelles reposait l'institution du Préteur, et les effets qu'elle produisit à Rome, qu'on peut se convaincre que le moyen le plus sûr peut-être pour prévenir l'arbitraire dans les affaires particulières, c'est d'obliger ainsi tout magistrat qui peut abuser de son pouvoir, à déclarer lui-même publiquement et d'avance, quelle sera la règle d'après laquelle il se dirigera dans tous ces divers cas (7). Cette marche paraît tellement simple, et telle

ment naturelle, qu'il est très-difficile de décider quels furent ceux qui les premiers en conçurent l'idée. Doit-on en effet décider qu'elle frappa d'abord les magistrats, parce que, en rendant de tels Édits, ils se mettaient à l'abri du reproche et de l'obsession, et faisaient par là connaître hautement à leurs successeurs comment ils s'étaient comportés; ou bien que ce furent leurs administrés, qui leur imposèrent ce devoir, parce que, en exigeant que leurs magistrats publiassent de pareils actes, ils se plaçaient ainsi à l'abri de tous les abus qu'entraîne l'arbitraire? Il n'est guère douteux que l'Édit du préteur, c'est-à-dire le droit prétorien, ne se soit formé que peu à peu. Les premiers que leurs charges appelaient à rendre la justice, fixèrent d'abord quelques maximes, comme les généraux des armées, les Censeurs et les autres magistrats le faisaient également dans les matières de leurs attributions (8). Leurs successeurs ajoutèrent ou retranchèrent à ce premier fond, suivant que leurs idées personnelles les y portaient, ou que l'expérience le rendait nécessaire. Cette opération leur était d'autant plus facile qu'il ne planait aucune autorité au-dessus de leur magistrature; il n'y avait là en effet aucun souverain, aucun ministre, aucun membre de commission législative, qui vînt porter une jalouse inspection sur leurs actions. La procédure allemande renferme encore des espèces d'arrêts appelés *Sena-*

tus-Consulta cameralia, et le droit français possédait jadis des dispositions appelées *Arrêts* de *réglement* qui sont comme des Édits prétoriens, des lois temporaires émanant du tribunal même. Il existe encore de nos jours une foule de cas dans lesquels le magistrat à qui est confiée une commission particulière, rédige lui-même l'instruction qu'il doit suivre, quoiqu'il y fasse intervenir et parler ses supérieurs, et que l'acte soit censé émaner de leur pouvoir. Or, ce cas n'est au fond autre chose que l'*Édit*, puisque le magistrat dont les actions étaient réglées par cet acte, parlait de même à la première personne, et par conséquent en son propre nom dans sa rédaction (DABO, NON DABO, SERVABO, *prætor pollicetur*, *proponit*). Il ne faut pas cependant perdre de vue qu'à Rome les Tribuns influaient souvent d'une manière très-prononcée sur la rédaction de l'Édit (9), et que d'ailleurs ils étaient censés lui donner leur approbation tacite, lorsqu'ils en permettaient la publication, puisque par là ils témoignaient n'avoir aucune objection à faire contre son contenu. De nos jours, et tout nouvellement encore, on a proposé d'introduire parmi nous, à titre d'essai, une législation semblable (10).

Sous le rapport de leur contenu, les Édits peuvent être comparés à nos Codes ou Ordonnances sur la procédure, seulement il ne faut pas croire qu'ils n'eussent d'autre objet que de fixer des dé-

lais, et de régler d'autres formalités semblables; et au surplus ce n'est pas là non plus le but unique de nos Codes sur cette matière (11). Fort souvent en effet on trouve, dans ces Édits, des principes qui ont trait à une foule de lois antérieures et à d'autres sources du droit; d'ailleurs on y avait fréquemment recours dans les causes où il eût été impossible d'appliquer les sources anciennes.

(1) *Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 442. EAM STIPULATIONEM, QUAM IS, QUI ROMÆ INTER PEREGRINOS JUS DICET, IN ALBO PROPOSITAM HABET. C'est ce passage qui prouve la vérité du fait allégué par Théophile, fait qu'on refusait de croire lorsqu'on n'avait encore, pour l'appuyer, aucune autorité autre que la sienne, et qui lui a attiré tant de reproches. *Voyez* l'édition de Reitz, p. 1087.

(2) *Fr.* 1. *pr. D.* 38, 14. UTI ME QUAQUE LEGE, SENATUSCONSULTO, BONORUM POSSESSIONEM DARE OPORTEBIT, ITA DABO.

(3) CIC. *ad Attic.* 6, 1. *Duobus generibus edicendum putavi, quorum unum est provinciale* (qui occupait peu les Préteurs a Rome), *in quo est de rationibus civitatum, de ære alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis; alterum, quod sine edicta satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis, quæ ex edicto et postulari et fieri solent. Tertium, de reliquo jure dicundo, ἄγραφον reliqui, dixi* (peut-être *edixi*) *me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accomodaturum.* Cicéron veut-il désigner par là les deux Édits, l'un du *Prætor urbanus*, et l'autre du *Prætor peregrinus*, ou bien seulement les divers paragraphes de l'acte, dont chacun s'appelait aussi *Edictum?* La différence entre la seconde partie et la troisième

consistait sans doute en ce que celle-là concernait plus particulièrement la juridiction dont l'Édit était l'unique source.

(4) *De invent.* 2, 22. Cicéron l'y range expressément dans le droit coutumier : *Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. In ea autem jura sunt quædam ipsa jam certa propter* (ou plutôt *præter*) *vetustatem, quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quæ prætores edicere consueverunt.* Tout passage de l'Édit faisait loi dès le moment où il était rendu public, quoique ce ne fût que pour le laps d'une année ; mais, et ceci sans doute devait arriver souvent, il devenait *droit coutumier* toutes les fois que ce principe passait de l'Édit d'un magistrat dans celui de son successeur (*Edictum tralatitium*), ou bien lorsqu'on s'attendait à le trouver dans chaque nouvel Édit, parce qu'on ne se rappelait pas l'avoir vu omis dans aucun. (*Omnes Prætores ita edixerunt.*)

(5) Dans le *fr.* 2. § 10. *D.* 1, 2, Pomponius dit : *Eodem tempore* (que les Sénatus-Consultes) *et magistratus jura reddebant, et ut scirent cives, quod jus de quaque causa quisque dicturus esset, seque præmuniret* (ou *præmunirent* dans l'édition d'Haloander ; ce qui peut s'appliquer aux citoyens ou aux magistrats), *edicta proponebant, quæ edicta prætorum jus honorarium constituerunt.* Dans le *fr.* 7. § 1. *D.* 1, 1. Papinien dit que les Préteurs avaient introduit leur droit *adjuvandi, vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam* ; et enfin, dans le *fr.* 8. *eod*, Marcien nous apprend que l'Édit est *viva vox juris civilis*. Tout cela nous rappelle cette expression de *lois organiques de la Constitution*, devenue d'un usage si répandu depuis quelques années, et qu'on trouve même employée dans l'acte de la confédération du Rhin.

(6) Au § 7. *Instit.* 1, 2. « Parce qu'il est déjà institué « avant les cas, et qu'il est par conséquent à l'abri de tout « soupçon. »

(7). Dans le *Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 473, on a cherché à justifier l'Édit, en disant, d'après les principes philosophiques de Kant, d'une part, que la publicité est l'antidote de l'injustice, et de l'autre, qu'exprimer une maxime d'une manière générale, c'est la preuve que cette maxime, considérée comme telle, se trouve d'accord avec la raison.

(8) C'est ainsi que les autorités municipales, dans le Plébiscite trouvé à Héraclée (lig. 147, ou lig. 74 du second fragment), sont renvoyées à la FORMULA CENSUS, QUÆ ROMÆ AB EO, QUI TUM CENSUM POPULI ACTURUS ERIT, PROPOSITA ERIT. *Voyez Civilistisches Magazin*, tom. III, p. 384.

(9) *Die Prætorischen Ædicte*, etc., c'est-à-dire *Les Édits Prétoriens des Romains considérés dans leurs rapports avec nos institutions modernes*, par SCHRADER, Tubingue, 1815, in-8°.

(10) Ainsi, par exemple, on trouve dans le Code prussien toute la doctrine sur la préférence des créanciers en cas de concurrence.

§ CLXXIX. *Objections contre ce système.*

La plupart de ceux des modernes qui ont considéré en général les Édits des magistrats comme des actes illégaux, ont été conduits à embrasser cette opinion, parce que l'histoire nous apprend que des Préteurs indignes ont abusé de leur autorité, malgré les termes mêmes de leur propre Édit, ce qu'au surplus ils pouvaient faire également dans toutes les autres branches de l'administration de la justice dont ils étaient chargés. Dans son action contre Verrès, Cicéron parle dans les mêmes termes de l'Édit de ce Préteur (1), et le reproche dont je viens de parler est adressé expressément aux Préteurs en général, non pas par Asconius, quoi-

qu'on ait coutume d'alléguer son témoignage (2), mais par Dion Cassius, à l'occasion de la loi CORNELIA, dont l'objet était de remédier à tous ces abus. Heineccius a prétendu aller encore plus loin : il a voulu prouver, par le contenu de l'Édit, que tout ce droit, en dernière analyse, se réduisait à une pure illusion; mais à la vérité il n'est pas facile de deviner s'il entend dire par là que cette illusion est due aux magistrats passés et aux magistrats futurs, ou même à des Jurisconsultes. Il donne la qualification injurieuse de *artes Prætoris*, car il prend le nom de ce magistrat au singulier, quoiqu'il y en eût chaque année un grand nombre; il donne, disons-nous, cette qualification non méritée à l'ensemble de la doctrine qui découlait de la forme entière de l'Édit, ou, pour mieux dire, à l'ensemble des moyens à l'aide desquels on s'efforçait de rallier autant qu'il était possible les modifications du droit nouveau à la jurisprudence ancienne. Heineccius se garde bien de s'occuper en rien des faits qui nous autorisent à penser, qui nous démontrent même que, bien avant l'Édit, certains principes du droit romain avaient subi, soit en vertu d'une loi positive, soit par l'usage, des modifications telles, qu'ils se trouvaient entièrement différens de ce qu'ils étaient dans les douze Tables (4). Son but, par ce système d'attaque, a été, en exagérant beaucoup le nombre des fautes qu'on reproche aux Préteurs,

de décrier cette institution, sinon aux yeux des contemporains de ces magistrats, qui en avaient une opinion bien différente, au moins vis-à-vis de nous autres modernes. Heineccius n'a garde non plus de faire observer qu'une foule de circonstances dans lesquelles nul ne pense voir ce qu'il appelle des *ruses* (*artes*), présentent cependant des cas tout-à-fait analogues à ceux qu'il censure. C'est ainsi, par exemple, que les Préteurs souvent se retranchaient derrière un mot, car il n'y a presque pas d'autre différence entre l'*hæreditas* et la *bonorum possessio* (5). C'est ainsi qu'ils employaient, toutes les fois qu'il était nécessaire, une fiction, dont ils savaient habilement tirer parti, et que, par exemple, ils supposaient l'usucapion non consommée lorsqu'elle l'était réellement, ou bien, comme nous le savons depuis peu, qu'ils supposaient la qualité de Romain à un individu qui ne l'était pas (6), mais non, ce qui est un reproche absurde d'Heineccius, qu'ils faisaient passer une fille pour un garçon (7). C'est encore ainsi qu'ils détournaient à l'aide d'une *exception*, une action parfaitement fondée sur les termes du droit civil (8). C'est enfin ainsi qu'ils avaient recours, pour se tirer d'affaire, à une *restitution en entier* (*in integrum restitutio*), le tout sans qu'on s'aperçût que cette conduite introduisait des principes directement contraires à ceux qu'on avait suivis jusqu'alors (9).

(1) Cic. *Act. in Verr. II. Or.* 1. *c.* 41. *Qualis in edicto constituendo fuerit, cognoscite*..... A ce passage se rattache encore celui qu'on lit plus loin (*c.* 46) : *In magistratu contra illud edictum suum sine ulla religione decernebat. Ita L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste aliter, atque ut edixerat, decrevisset.*

(2) *Ambitiosi prætores varie jus dicere consueverant.* Cette phrase, au surplus, n'a point de rapport direct avec l'Édit.

(3) 3, 6, 23. « Ils n'observaient pas tout ce qui était *prescrit* (*Voyez* ci-dessus, § CLXX), ni même tout ce qui « était *écrit* (céci veut dire probablement ce qu'*eux-mêmes* « *avaient inscrit* dans leur Édit) à l'égard des contrats, « et il leur arrivait même souvent de faire tout le con- « traire ».

(4) L'exemple le plus frappant nous est fourni par l'usage des cachets du testament, dont on attribue l'introduction au Préteur, tandis que celui-ci, en parlant du nombre de ces cachets, cite formellement la loi qui le fixait : *Non minus multis signis quam e lege oportet.*

(5) Il n'y a pas non plus une grande différence entre la *vindication* (*vindicatio*) et l'*interdit* (*interdictum*). Pourquoi donc ne prenait-on pas ces deux modes pour une seule et même chose ? Par la raison que le Préteur aurait pu introduire les interdits, dans un cas où il n'osait pas prononcer une *vindicatio*, attendu que la loi ne permettait point qu'elle eût lieu ! Il aurait pu également confondre ensemble l'état appelé *liberum est* et celui désigné sous la qualification de *in libertate morari*. Enfin, que n'aurait-il pas pu encore !

(6) Gaj. p. 202.

(7) *Immo, quod magis ridiculum videri posset, fingebant filiam patroni esse filium*, dit Heineccius. Mais, suivant Gajus (*p.* 158, *lig.* 2 et suivant.) et Ulpien (29, 5), cette substi-

tution de sexe était autorisée par la loi *Julia et Papia Poppæa*. Au surplus il est facile de justifier la conduite du Préteur à cet égard par l'exemple d'autres fictions introduites par les lois civiles elles-mêmes, telles par exemple que la *fictio legis Corneliæ*, et celle fondée sur le prétexte de démence dans *la querelle de testament inofficieux* (*inofficiosum testamentum*), fiction connue depuis long-temps, et qu'on sait parfaitement ne point émaner du Préteur. Il est encore possible de la justifier par celle qui se trouve consignée dans la loi Cisalpine : cette loi ordonne en effet (*lig.* 40 *et suivantes*) dans certains cas, qu'un fait qui n'avait pas eu lieu à Rome devant le magistrat, soit considéré cependant comme étant réellement arrivé. (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 454). Enfin, le droit anglais lui-même est rempli de semblables fictions.

(8) On en trouve aussi un exemple dans la loi Cisalpine, au commencement, lig. 4. (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 438.

(9) En général, dans l'appréciation de la conduite des Préteurs à l'égard des exceptions, on n'a pas voulu voir qu'il y a une différence fort grande, de la part d'un magistrat, et surtout d'un magistrat revêtu d'une autorité supérieure, entre le cas où il annulle purement et simplement une action, et celui où il se borne à indiquer et à diriger un moyen de droit contre cette même action. L'on s'est aussi refusé, en s'occupant du droit Prétorien en général, à se rappeler que l'*Equity* des Anglais y correspond parfaitement, et que cependant personne jusqu'à présent n'a encore été tenté de regarder comme illégal et mal fondé le droit du grand chancelier d'Angleterre à cet égard, et des *Courts of equity*. Voyez ci-dessus, § CXLVI.

§ CLXXX. Jus civile.

IV. On conserva le nom général de *Droit civil* (*jus civile*), au droit qui, à proprement parler, avait pris naissance de lui-même, comme la langue et les autres usages, et qui par conséquent n'était bien connu et développé que par les jurisconsultes. Envisagé sous ce rapport, on opposait ce droit à celui qui était en vigueur chez les autres peuples, ou au moins au droit public admis à Rome même. C'est ainsi qu'on le distinguait déjà non-seulement du *droit Prétorien*, mais encore de toutes les institutions qui s'étaient formées à la fois et d'un seul coup. Ce nom général de *Droit civil* porte à croire que nulle autre source du Droit romain n'était aussi féconde que celle-là, quoique ce ne soit pas là une des causes qui ont motivé les reproches qu'on a cru devoir lui adresser de prolixité et de diffusion (§ CXLVII, note 1). Le principal reproche adressé à l'ancien droit romain, c'est surtout cette circonstance que les jurisconsultes ont introduit une foule de principes qui n'avaient point été fixés par des Plébiscites.

Les témoignages les plus positifs des anciens se réunissent également en faveur de cette source. Ainsi, par exemple, lorsque Cicéron s'occupe sérieusement de ce point (§ CLXVI, note 2), et qu'il parle de la décision judiciaire des cas ana-

logues, il désigne d'un côté l'autorité des jurisconsultes, et dans un autre endroit (1), celle des Pontifes, comme étant des branches isolées, sur lesquelles on étaya ensuite des maximes générales de droit, soit avant l'introduction des Édits, soit après cette époque, et en consultant à cet effet, à la fois, et leur teneur, et la coutume et l'équité. Pomponius, immédiatement après les douze Tables, cite deux sources datant, selon lui, presque de cette même époque. La première qu'il nomme *interpretatio*, comprend l'autorité des jurisconsultes, indispensable en effet pour l'*interprétation*, les opinions admises au barreau (*forum*), et le droit non écrit, c'est-à-dire celui qui n'est pas exprimé d'une manière formelle, et qu'il représente comme faisant partie du *jus civile*. La seconde renferme les *actions de la loi* (*legis actiones* ou *legitimæ actiones*), que nous ne connaissons que depuis la découverte du manuscrit de Gajus (§ CXXXI) (2). Il dit ensuite, à l'occasion d'un des plus anciens ouvrages sur le Droit romain, la *Tripartita* d'Ælius, qu'il contenait d'abord les douze Tables, ensuite l'interprétation (*interpretatio*), et les actions de la loi (*legis actiones*).

Il n'est pas difficile de prouver que les notions que nous puisons dans ces écrivains, devaient être conformes à ce qui existait à cet égard. Ce qu'on appelle en effet *droit coutumier*, c'est-à-dire celui qui se crée de lui-même, a naturellement

une haute importance chez tous les peuples. Il devait même en avoir une bien plus considérable à Rome, où la facilité avec laquelle on admettait sans cesse des étrangers de naissance (§ XXXIV) au nombre des citoyens, aurait fini par engendrer un désordre général, si l'on ne se fût attaché en même temps à maintenir autant que possible les usages établis. D'ailleurs l'esprit de discipline militaire des Romains, ainsi que la liaison qui existait entre le droit coutumier et les idées religieuses, tout conduisait nécessairement en quelque sorte à se former une très-haute idée de ce droit. Enfin son importance était encore accrue par l'obligation que l'organisation judiciaire (§ CXLVI) imposait à chaque magistrat, de se placer autant que possible à l'abri du reproche de partialité. Cet attachement presque servile pour des institutions très-susceptibles, sinon de changement total, au moins de modifications importantes, présentait, il est vrai, l'inconvénient de mettre souvent et les citoyens et les magistrats eux-mêmes dans la nécessité de consulter, pour la solution d'une foule de questions, certaines personnes qui seules pouvaient les éclairer à cet égard; mais cet inconvénient, si toutefois c'en est un, disparaissait presque entièrement à Rome, par la facilité avec laquelle on obtenait et ces conseils et ces renseignemens, qui d'ailleurs n'entraînaient jamais aucune dépense pour les con-

sultans. Les objections qu'on élève contre cette source du droit, ainsi que les modifications qu'on lui fit subir, ne trouveront point leur place ici, car les unes et les autres se rattachent à l'histoire de la culture du droit, qui, durant le cours de la seconde période, mérite bien plus que dans la première qu'on lui consacre un chapitre particulier.

(1) *De leg.* 2, 19.

(2) *Fr.* 2. *D.* 1, 2. § 5. (immédiatement après avoir parlé des douze Tables). *His legibus latis cœpit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio* (*a*) *desideraret prudentium auctoritatem* (*b*), *necessariam esse* et *disputationem fori* (*c*). *Hæc disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit* (*d*) *compositum* (*e*) *a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur..... sed communi nomine* (*f*) *appellatur jus civile.* § 6. *Deinde ex his legibus, eodem tempore fere, actiones compositæ sunt, quibus inter se homines disceptarent; quas ac-*

(*a*) Aujourd'hui on entend par ce mot *la paraphrase* d'un passage, mais il arrivait assez souvent aux anciens de s'en servir pour désigner l'explication, la doctrine en général, même lorsqu'il n'y avait rien d'oral ou d'écrit à commenter.

(*b*) Ou *auctoritate*, mots qui, du reste, ne s'accordent bien ni l'un ni l'autre avec ce qui suit.

(*c*) Expression que l'on ne trouve qu'ici, et avec laquelle, en s'aidant du *juris peritus Apollo* de Juvénal, on a forgé une anecdote qui ne présente aucune vraisemblance.

(*d*) Ce dernier membre n'indique pas une chose opposée à la *disputatio*, mais c'est seulement une autre manière d'exprimer la même idée.

(*e*) Mot qui ne veut pas dire ici *résultant d'une réunion, d'un assemblage*, mais seulement *formé*.

(*f*) Non pour tous les deux à la fois, mais comme pour toute autre chose.

tiones ne populus prout vellet institueret, certas solennesque esse voluerunt, et appellatur hæc pars juris legis actiones, id est legitimæ actiones. Haloander croit que ces derniers mots ont été interpolés. Cependant on trouve aussi le terme de *legitimæ actiones* dans Festus (*v. possessio*) et dans Aulu-Gelle. (20, 10. *in fine*.)

CHAPITRE II.

HISTOIRE DE LA CULTURE DE LA SCIENCE DU DROIT.

§ CLXXXI. *Incertitude des notions que nous avons à cet égard.*

Les modifications subies par la jurisprudence durant le cours de cette période, seraient faciles à expliquer si, par malheur, nos connaissances sous ce rapport n'étaient pas bornées à de simples généralités. En effet, nous savons seulement que les Patriciens, devenus d'ailleurs, comparativement aux Plébéiens, bien moins nombreux qu'autrefois, cessèrent d'être, parmi les Romains, les seuls qui fussent en possession des connaissances relatives au droit, en même temps que de celles qui avaient trait aux autres branches des connaissances humaines. Nous savons également que la jurisprudence cessa d'être liée d'une manière aussi étroite avec la religion, et qu'on fit, pour la première fois, marcher d'un pas égal l'étude du droit des gens (*jus gentium*) et celle du droit civil. Enfin nous savons que le Droit romain lui-même commença au moins à prendre un rang

parmi les sciences, puisqu'on écrivit un assez grand nombre d'ouvrages sur des objets de son ressort. Il est fâcheux de le dire, mais malheureusement les renseignemens que plusieurs écrivains anciens nous fournissent, quoique plus exacts que ceux-là, nous jettent, à certains égards, dans quelques embarras, car nous trouvons ces récits anciens et très-circonstanciés dans une liaison et un rapport parfaits entre eux, mais non dans une harmonie exacte avec les précédens. Ainsi, par exemple, Cicéron, chargé de la défense de Muréna, se trouvait dans un fort grand embarras: son client, en effet, était généralement peu estimé, et Cicéron lui-même n'avait guère eu de rapports intimes avec lui; mais il désirait vivement le sauver, afin que, par le crédit et les intrigues de ce citoyen, il pût obtenir à son tour le consulat, qu'il briguait alors avec ardeur. Cicéron, d'un autre côté, se voyait forcé de défendre son client contre deux adversaires redoutables, Servius Sulpicius, le plus grand jurisconsulte de son temps, et Caton le jeune, homme d'une probité à toute épreuve, et qui voulait trouver dans les autres cette obéissance rigoureuse aux règles immuables de l'équité, qui dirigeait sa vie entière. Cicéron ne parvint à se tirer de cette position aussi délicate que gênante pour lui, qu'en profitant habilement du peu d'instruction de ses auditeurs, pour tourner en ridicule le goût très-prononcé de l'un de ses ad-

versaires pour la jurisprudence, et de l'autre pour la philosophie des Stoïciens (1). La science des jurisconsultes, si estimée jadis, s'écria-t-il, a perdu tout son prix, maintenant, qu'il n'est plus un seul de ses mystères qui ne soit dévoilé! Cicéron, selon sa coutume, fait encore emploi, dans une autre occasion, des circonstances auxquelles il fait allusion dans celle-ci. En effet, lorsque, dans son traité *de Oratore*, il veut discuter l'utilité que l'orateur peut retirer de la jurisprudence, et qu'il développe les raisons qui militent pour et contre cette opinion, il ne manque pas de ranger au nombre des argumens employés par Antoine, l'un de ses interlocuteurs, et celui qu'il suppose ennemi déclaré de toutes les sciences, cette assertion, que, de son temps, celle des jurisconsultes n'était plus au fond qu'un pédantisme inutile. Mais lorsque Cicéron essaya une troisième fois de faire valoir cette même raison dans ses dialogues sur la meilleure forme de gouvernement, Atticus, qui s'était beaucoup occupé de la chronologie et de l'histoire romaine, lui fit remarquer qu'il soutenait une proposition évidemment erronée, et qu'il n'avait pu s'y trouver conduit que par suite d'une erreur des plus fortes, en confondant ensemble des époques fort différentes. Cicéron répondit à son ami que sans doute il combattait les assertions des autres avec beaucoup d'esprit et de sagacité, mais que, quant à lui, il

n'était pas le seul qui interprétât ainsi l'histoire; mais qu'à la vérité il convenait seulement que ce qu'il avait dit ne s'appliquait pas aux époques antérieures à la loi des douze Tables, et n'avait de rapport qu'à des temps bien postérieurs à ceux-là (2). On voit par là qu'il s'en fallait de beaucoup que Cicéron fût aussi sûr de son fait que nous autres modernes croyons l'être lorsque nous invoquons à cet égard son témoignage ainsi que celui des auteurs qui ont écrit après lui. Peut-être même ne pensons-nous ainsi que parce que nous ne possédons plus ceux des ouvrages antérieurs à Cicéron, dans lesquels l'opinion contraire à la sienne se trouve exposée et solidement établie.

(1) *Ridiculum consulem habemus*, disait Caton, et Cicéron lui-même chercha ensuite à se disculper (*De finib.* 4, 27) : *Apud imperitos tum illa dicta sunt; aliquid etiam coronæ datum.*

(2) *Ad Attic.* 6, 1..... *Nec vero pauci sunt auctores, Cn. Flavium scribam fastos protulisse, actionesque composuisse, ne me hoc..... commentum putes.....* et il ajoute ensuite, par comparaison avec une autre grave erreur historique : *Nam illud de Flavo et fastis, si secus est, commune erratum est, et tu belle ἠπορησας et nos publicam prope opinionem secuti sumus.*

§ CLXXXII. *Publication des* Fasti.

On attribue à Cn. Flavius (1), dont l'existence maintenant, d'après l'accord unanime des historiens, se place au milieu du cinquième siècle de l'ère romaine, deux choses qui n'en font peut-être qu'une seule, quoiqu'il ne nous soit pas facile de concevoir le rapport qui peut exister entre elles; ce sont la publication du calendrier (*fasti*) et celle du livre sur les actions (*actiones*). Quant au calendrier, nous avons déjà vu (§ CXLIII) combien de difficultés il présentait, d'après la manière dont les Romains l'avaient d'abord conçu. Les jours de fête à Rome ne pouvaient être parfaitement connus que de celui qui faisait son occupation exclusive de cet objet. Il en résultait que chaque citoyen était dans l'obligation de s'adresser aux Pontifes, toutes les fois qu'il avait besoin de savoir si tel jour, il lui était permis d'entamer une affaire, et principalement d'intenter une action en justice (*legis actio*), surtout lorsque cette action était dirigée contre certaines personnes. Il est très-probable que les Pontifes, et que, par conséquent, les Patriciens, à la caste desquels ils appartenaient tous, étaient très-satisfaits de se voir en possession d'un moyen à l'aide duquel ils tenaient le peuple sous leur dépendance. Cette considération pourrait nous

faire croire qu'il eût été naturel également que, dans ces circonstances, les Tribuns du peuple eussent cherché à mettre un terme à cette dépendance, et sans doute il ne leur eût pas été difficile de l'obtenir. Cependant, comme on ne voit pas que jamais ils y aient songé, nous devons conclure, avec toute espèce de vraisemblance, que les castes patriciennes et plébéiennes, d'accord là dessus, croyaient la religion essentiellement intéressée au maintien de cet usage; qu'elles s'imaginaient que les choses à cet égard devaient rester dans l'état où on les avait trouvées; en un mot qu'elles se persuadaient également que les Pontifes n'étaient pas tenus d'en apprendre à chaque citoyen plus que celui-ci n'avait intérêt pour l'affaire particulière à raison de laquelle il les consultait. A cet égard, leur opinion était absolument celle d'une foule d'autres peuples qui, en matière de religion, se figuraient qu'il fallait se garder de révéler à la multitude l'ensemble de ce qui concernait le culte divin. Cet état de choses, d'après le témoignage unanime de tous les écrivains qui nous le retracent, changea complètement lorsque Flavius publia l'ordre et la série des jours. Flavius était de basse extraction; mais il possédait un fonds d'instruction supérieur à celui qu'on trouvait ordinairement dans le peuple à Rome; en un mot c'était un copiste (*scriba*), et le favori d'Appius Clau-

dius Cœcus, citoyen d'une des premières familles patriciennes, mais qui, par cette raison même, avait quelquefois besoin de mettre la multitude dans ses intérêts. Ce fut donc, ou d'après les conseils de son protecteur lui-même, ou peut-être au contraire sans sa volonté (2), que FLAVIUS dressa la liste des jours de fête selon toutes les divisions mensuelles admises alors chez le peuple Romain, et ce fut aussi ou en qualité d'Édile, ou dans l'espérance de le devenir (3), qu'il publia ce travail. Les Patriciens témoignèrent hautement combien cette publication et son auteur leur avaient déplu; cependant ils se bornèrent à de vaines déclamations, tandis que si le mystère affecté par eux à cet égard n'eût été simplement qu'une ruse de leur part, il leur aurait été facile de nier l'authenticité des révélations de FLAVIUS, et de jeter de nouveau de l'obscurité dans l'ordre successif des jours de fête. Au reste nous ne trouvons aucun vestige de ces jours (*fasti*) dans les écrits des jurisconsultes de la troisième période, et nous ne savons pas si leur silence sur ce point doit être attribué ou à l'extinction totale des familles patriciennes qui s'opéra dans la suite, ou à la réforme du calendrier par Jules César, ou bien enfin aux changemens introduits dans la procédure judiciaire par Æbutius, par César et par Auguste.

(1) Cicéron (*loc. cit.*) et Tite-Live (9, 46) parlent de ces deux événemens : *Civile jus, repositum in penetralibus pontificum, evulgavit, fastosque circa forum in albo proposuit, ut quando lege agi possit sciretur.*

(2) Pline (*nat. hist.* 33, 1) en dit un mot en parlant des anneaux d'or, marque distinctive des Patriciens à cette époque, et que sans doute la connaissance des jours fastes et néfastes leur donnait le droit de porter, puisqu'il paraît qu'à cette même époque les Patriciens renoncèrent à ce droit, soit par un dépit en quelque sorte enfantin, soit pour montrer par là que désormais il n'existerait plus aucune distinction de rangs dans la société. Voici comme Pline s'exprime : *Cujus hortatu exceperat eos dies, consultando assidue sagaci ingenio.* Il ne paraît pas, au surplus, d'après ce que nous savons, qu'il eût été fort nécessaire que Claudius employât le secours de ses exhortations pour décider Flavius à exécuter son projet. Il est évident, en effet, que Flavius aurait pu réussir, même sans employer aucun secours, et il lui suffisait pour cela d'observer attentivement pendant un certain nombre d'années, la conduite tenue chaque jour par ses concitoyens, d'après les indications des Pontifes. Il est vrai que Pomponius dit positivement (*fr.* 2. § 7. *D.* 1, 2) : *Subreptum librum populo tradidit.* Quant à Tite-Live et à Valere Maxime, ils gardent un profond silence sur les sources où Flavius puisa les connaissances qu'il divulgua.

(3) Tite-Live attribue l'élection de Flavius à l'influence de la *factio forensis*, dont l'origine remonte à Appius Claudius, et qui dura jusqu'à Fabius Maximus. Le nom d'Édile semble effectivement le rattacher à des fonctions qui ont quelque rapport avec l'administration de la justice (§ 146, note 2).

(4) Tite-Live dit : *Fastos circa forum proposuit.* Ovide dit egalement (*Fast. v.* 529.)

Inque foro multa circumpendente tabella, signatur certa curia quæque nota (*a*); et Valère Maxime : *Fastos pene toto foro exposuit.*

(*a*) Ceci, à la vérité, n'eût plus lieu précisément depuis Flavius.

§ CLXXXIII. *Ouvrages sur le Droit romain.*

On trouve indiqué par Pomponius un ouvrage qui porte le nom de Cn. Flavius. C'est le second des trois plus anciens ouvrages de jurisprudence qui portent, pour unique désignation, le titre général de Jus, accompagné d'un adjectif fourni par le nom de celui qui a composé ou publié le traité. Si cet ouvrage est différent de celui qui réglait les jours de fêtes, ce ne peut être qu'un recueil de formules soit pour les *actions de la loi* (*legis actiones*), soit pour les affaires juridiques en général, auxquelles on appliquait aussi le nom d'*actions* (*actiones*) (1). Mais il est difficile de croire que la publication de cet ouvrage ait pu faire beaucoup de tort aux jurisconsultes d'alors, d'abord parce que, nulle part et en aucun cas, les traités de jurisprudence ne dispensent d'avoir recours à leurs conseils et à leur ministère; de l'autre aussi, parce que, cent ans après cette époque, on voit paraître un ouvrage analogue, le Jus Ælianum, dans lequel on ne trouve rien d'où il soit permis de conclure

que l'auteur, ÆLIUS CATUS (2) ait eu l'intention de nuire à ses confrères. Cicéron lui-même, après avoir tracé un tableau fort animé de l'atteinte portée par Flavius à la considération et à l'importance dont les jurisconsultes avaient joui jusqu'alors, Cicéron lui-même se voit cependant obligé, pour prouver qu'on peut se passer d'eux, de s'attacher à tourner en ridicule précisément les choses qui, dans les livres de jurisprudence et chez toutes les nations, fournissent nécessairement matière au sarcasme et aux plaisanteries. Les jurisconsultes, dit-il, en résumant ici le sens de ses opinions sur leur compte, les jurisconsultes ont tout réduit en formules inintelligibles, afin qu'on ne pût se passer de leur secours (3); ils remplissent une demi-page de ce qu'un homme sensé pourrait dire aisément en une seule ligne, et ils ont l'art d'allonger les phrases en accumulant dans chacune deux ou trois expressions parfaitement synonymes. Mais comme il ne faut qu'un peu de hardiesse et d'audace pour répondre à toutes les consultations qu'on leur adresse sur de telles matières, il suffit à chacun de quelques jours pour acquérir la capacité nécessaire à cet égard, puisque d'ailleurs les formules sont toujours là pour sortir d'embarras, et qu'au besoin on s'en tire par une phrase incidente (*quà de re agitur*). Celui qui se trouve ainsi transformé d'une manière aussi

brusque en jurisconsulte, est cependant, aux yeux de ses concitoyens, placé de la manière la plus favorable, car s'il rencontre juste dans une de ses solutions, on le loue de savoir se conformer aux doctrines professées par les maîtres les plus habiles en jurisprudence, et si au contraire il s'écarte de l'opinion des auteurs réputés classiques, on ne manque pas de dire que ce n'est que parce qu'il est plus habile qu'eux dans l'art des distinctions.

(1) S'il était permis de rapprocher l'un de l'autre deux passages de Pomponius, qui sont, à la vérité, fort éloignés, puisque le premier, *de origine juris*, se trouve dans la première section, et le second, *de jure prudentum*, dans la troisième, on prendrait une idée toute différente de ces *actiones*. Il est dit, en effet, dans le paragraphe 36, contre Appius Claudius; *hunc etiam actiones scripsisse traditum est, primum de usurpationibus*, matière qui pouvait aussi donner lieu à des actions toutes différentes; et il ajoute, *qui liber non exstat;* ensuite, dans le paragraphe 7, le même auteur dit, en parlant du droit Flavien tout entier (*jus Flavianum*), que ce fut après que Appius Claudius eut formé ce recueil: *cum App. claudius proposuisset* (*a*) *et ad formam redegisset has actiones*, que Flavius publia ce livre, sans y rien ajouter. Mais ce livre était-il précisément le *jus Flavianum* lui-même? A la vérité, on ne trouve plus qu'il soit question de *formules* en matière d'usucapion, parce qu'elle ne consistait qu'en *actions* (§ 95); mais le calcul du temps, en ce cas, était néanmoins une chose à laquelle on attachait avec

(*a*) *Composuisset*, suivant l'ancienne leçon, dont Denys Godefroi ne fait plus mention, est certainement meilleur.

raison beaucoup d'importance, et ce calcul n'était pas sans difficultés à cause du *mois intercalaire* (§ 143, note 2), qu'il fallait laisser de côté; il est vrai que ces mêmes difficultés eussent été bien plus considérables encore, si à cette époque on n'avait point écarté ce mois, puisque sans cela une usucapion qui commençait en octobre, souvent se serait trouvée terminée dès le mois de septembre de l'année suivante. Si nous avions l'assurance que le temps se comptât *utilement* (*utiliter*), c'est-à-dire qu'on se contentât d'avoir égard aux jours *fastes*, nous aurions encore moins de peine à concevoir comment un traité sur l'usucapion a pu passer pour un ouvrage sur le calendrier, aux yeux de ceux qui n'étaient point versés dans la jurisprudence. Pomponius, quoique jurisconsulte, ne parle pas de jours *fastes*, et d'autres écrivains, qui n'étaient point jurisconsultes, ne font aucune mention des *actions* (*actiones*).

(2) Il semble que Pomponius veuille aussi parler de ce livre, en deux endroits, savoir, dans le paragraphe 7 et dans le paragraphe 37. (*Voy.* ci-dessus, § CLXXX).

(3) S'il faut s'en rapporter au sens que présente la phrase entière, les mots *notas composuerunt* n'indiquent pas, comme le pensait Cujas, une espèce particulière d'écriture ou de caractères dont on se serait servi pour les livres consacrés à la jurisprudence.

(4) Cic. (*pro Mur.* 13..) ... *Neque tamen quidquam tam anguste scriptum est, quo ego non possim qua de re agitur addere.* Ernesti n'a pas compris le sens de ce passage, puisqu'il a rendu le mot *anguste* par celui d'*obscure*. Cicéron veut dire tout simplement que deux mots ne sont jamais tellement rapprochés l'un de l'autre, qu'il ne se trouve point encore quelque espace entre eux.

§ CLXXXIV. *Secours qu'on puisait dans les fonctions des jurisconsultes.*

Il est facile de concevoir qu'il dut résulter de l'état de choses que nous venons d'exposer, que les principaux Plébéiens se mirent à expliquer les principes du droit à tous ceux qui venaient réclamer leurs conseils. En effet, d'une part, à proprement parler, ils n'avaient point de *cliens*, et de l'autre, leur rang dans la société inspirait beaucoup de confiance en eux. Ce nouvel usage entraîna nécessairement l'abolition du rapport de clientelle, puisque dès-lors on n'eut plus besoin d'être le client d'un citoyen, pour venir lui demander les renseignemens dont on avait besoin : bientôt même on préféra s'adresser pour cela à tout autre qu'à celui dont jusqu'alors on avait été le client. Ce fut alors qu'on vit paraître à Rome une classe particulière de savans, désignés sous le titre de *jurisconsultes*, *jurisconsultus*, *jureconsultus*; fort souvent aussi on les trouve indiqués, sous celui de *consulti*, et Cicéron a fait de ce premier terme, un emploi bien plus fréquent qu'Ernesti ne l'a remarqué. On disait aussi au pluriel, *prudentes*; c'est à cette dernière dénomination que se rapportent celles de *sophus* et *sapiens*, employées par Pomponius, et sans doute

aussi la phrase suivante de Gajus : *ii, qui tum jura condiderant*. Par là les Romains, qui jadis s'étaient trouvés cliens d'une famille patricienne alors éteinte (§ CLV), ne perdaient rien lors de l'extinction de celle-ci, puisque dès lors, pour leurs affaires judiciaires, l'agrégation à un patron habituel n'était pas plus nécessaire à leur égard que pour tous ceux qui n'avaient acquis que depuis peu le droit de cité romaine. Ainsi peu à peu le droit de clientelle tomba en désuétude, même dans les familles qui en avaient joui autrefois, et tout ce qui avait rapport à la gentilité, fut sur le point de tomber dans un complet oubli. Les principaux citoyens ne cherchèrent plus dès-lors à s'illustrer dans le commandement des armées, ou dans les disputes du *Forum*, ou du moins ces deux moyens de parvenir à la gloire ne furent plus les seuls qu'ils jugeassent dignes de leur ambition, surtout lorsque, pour certains d'entre eux, l'âge même ne permettait même pas de songer encore à de pareilles carrières. Il y en eut donc beaucoup parmi eux qui se vouèrent à donner à leurs concitoyens, soit dans les affaires judiciaires, soit même aussi dans toutes les autres affaires, des conseils, en échange desquels ils n'exigeaient aucune rétribution, et se bornaient tout au plus à accepter certaines dispositions testamentaires faites en leur faveur. Ces conseils, ils les donnaient indis-

tinctement à tous ceux qui avaient recours à leurs lumières, soit dans la place publique, en se promenant avec eux, soit dans leur propre maison, et là, ils avaient des jours fixes pour recevoir le public (2). Selon Pomponius, TIBÉRIUS CORUNCANIUS, qu'il nomme avant Flavius et Ælius, quoiqu'il ait vécu entre ces deux jurisconsultes, et qu'il désigne comme commençant la série des jurisconsultes (*prudentes*), aurait été le premier qui donna des leçons à ceux qui se destinaient à la jurisprudence (3). Néanmoins cette assertion ne peut point être considérée comme impliquant contradiction avec d'autres témoignages positifs qui nous apprennent qu'à une époque bien plus reculée encore, la connaissance du droit ne formait point une branche spéciale de l'enseignement, et que les anciens jurisconsultes n'avaient d'autre mode de livrer leur doctrine aux nouveaux, qu'en leur permettant d'assister à leurs conférences avec les cliens qui se présentaient pour les consulter (4). Il faut donc supposer, pour expliquer Pomponius, que jusques à l'époque fixée par lui, on n'avait admis à cette espèce d'initiation que les nouveaux Pontifes, ou tout au plus les jeunes Patriciens, tandis qu'à partir du temps où vécut TIBÉRIUS CORUNCANIUS, ce jurisconsulte plébéien fit part aussi de sa science aux citoyens de sa caste (5). Comme aucune des matières qui font

partie du *Droit des gens* n'avait jamais été tenue secrète, il en résulta que plus ce droit acquit d'importance, et plus aussi on perdit l'habitude d'envelopper de mystère les matières relatives au droit en général. Pendant notre seconde période, les jeunes Romains qui étudiaient le droit avaient soin d'accompagner au *Forum* les jurisconsultes qui leur en avaient accordé la permission; ils se trouvaient pareillement aux conférences qu'ils donnaient dans leur demeure; en même temps ils apprenaient par cœur les douze Tables, et l'on peut même présumer que, plus tard, ils se familiarisèrent aussi avec l'Édit Prétorien (6). Au surplus, la jurisprudence n'était point une carrière particulière, et il n'y avait pas de fonctions qui fussent exclusivement réservées aux Romains versés dans ces études préliminaires.

(1) Cic. (*de Orat.* 3, 33..)..... *Vidimus transverso ambulantem foro, quod erat insigne, eum qui id faceret, facere civibus omnibus consilii sui copiam...*

(2) Cic. (*de Leg.* 1, 3..) *Ego vero ætatis potius vacationi confidebam, cum præsertim non recusarem, quo minus more patrio sedens in solio consulentibus responderem.....*

(3) *Fr.* 22. § 35. *D.* 1, 2. *Ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem, traditur, cæteri autem ad hunc vel in latenti jus civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare, potius quam discere valentibus se præstabat.*

(4) Cicéron profite souvent de cette circonstance pour faire voir comment, dans l'opinion des Romains, il y avait

plus de mérite et plus d'honneur à enseigner l'éloquence que le droit.

(5) *Voyez* la dissertation de Schrader, sur Coruncanius, considéré comme le premier professeur public de jurisprudence, dans le *Civilistisches Magazin*, tom. V, pag. 187 et 189.

(6) Cic. (*de Leg.* 1, 5.) *Non ego a prætoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII Tabulis, ut superiores... hauriendam juris disciplinam putas.* Le même auteur dit (*loc. cit.* 2, 23): *Discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas jam nemo discit.* On peut rattacher à ce passage le suivant (*ibid.* 2, 4): *a parvis enim.... didicimus.* (comme il a été dit § 147, note 1). *Leges nominare* ne signifie pas *réciter les lois*, mais leur reconnaître la force et l'autorité de loi.

§ CLXXXV. *Travaux et études des jurisconsultes.*

Les jurisconsultes de cette époque n'étaient donc réellement encore que des gens d'affaires. Il y avait une bien grande différence entre la science du droit, proprement dite, et ces notions qui étaient naguère encore la possession exclusive des Patriciens, et que l'on continuait toujours à considérer comme le patrimoine des principaux citoyens, appelés en effet, par leur position même, à s'adonner plus particulièrement que les autres au soin des affaires publiques. Parmi ceux mêmes qui étaient considérés comme les plus versés dans les matières du droit civil,

les plus habiles ne dédaignaient pas cette partie de travaux qu'on abandonne chez nous aux officiers inférieurs de la justice. *Respondere*, *scribere*, *cavere*, telles étaient leurs fonctions, et il ne fallut rien moins que le respect que les Romains portaient à leur constitution politique, pour qu'ils n'abandonnassent pas également aux jurisconsultes les fonctions attribuées aux magistrats, c'est-à-dire *jus dicere*, *judicare* et *postulare*. La partie des fonctions du jurisconsulte désignée par le mot *advocari*, ne consistait même encore qu'en ce qu'un citoyen permettait à un autre de citer son opinion en faveur de telle cause, et qu'il venait en outre appuyer cette autorité par sa présence. Lorsque la science du droit se fut mieux développée, on ne manqua pas de tourner en ridicule cette ancienne pratique. On prodigua les épithètes de *leguleius* (§ XCIV, note 10), de *præco actionum* (§ CLXXXIII), de *cantor formularum* et de *formularius*, à celui qui l'observait encore. Cependant on ne peut s'empêcher de reconnaître qu'elle était en harmonie parfaite avec les opinions des Romains, qui n'estimaient toutes les connaissances qu'en raison de l'utilité qu'on peut en retirer. Or précisément ce qu'au besoin on pourrait appeler la partie philosophique de la jurisprudence, c'est-à-dire le droit des gens (*jus gentium*), ainsi qu'on le nommait déjà dans le cours de cette pé-

riode (1), avait ce genre d'importance aux yeux des jurisconsultes romains, parce qu'il était fondé sur l'expérience et non pas sur une vaine métaphysique. Les Romains admettaient comme juste ce qui passe pour tel chez toutes les nations civilisées; et comme les peuples dont ils avaient appris à connaître le nom et les mœurs, formaient pour eux le monde entier, ils faisaient marcher sur la même ligne, à côté de leur propre droit, c'est-à-dire de front avec leur droit civil (*jus civile*), les principes de droit proclamés par les lois positives, ou admis tacitement chez ces différens peuples (*leges et mores*). On ne s'était encore occupé que fort peu de l'histoire du droit, à en juger au moins d'après les passages dans lesquels Cicéron se plaint de la manière dont on négligeait de son temps le droit pontifical (*jus pontificium*) (2). En effet, comme ce droit n'avait plus alors des rapports aussi étroits avec le droit civil, on se dispensait volontiers de l'étudier, en alléguant qu'il était à peu près totalement tombé en désuétude. Je ne dois pas oublier non plus de faire remarquer que les Romains avaient sans doute déjà un grand nombre de locutions proverbiales destinées à faire allusion à diverses notions du droit. Il est fort singulier que nous ne nous occupions jamais de ces sortes de locutions qu'en traitant du droit allemand, dans lequel elles ont, en effet,

quelque chose de figuré, de poétique, on pourrait même dire d'énigmatique, tandis qu'elles étaient en général fort sèches chez les Romains (3). Enfin, il arrivait souvent aux jurisconsultes de cette période, d'émettre entre eux des opinions différentes. Il y avait donc déjà alors un droit controversé (*controversum jus*), ainsi que l'appelle Cicéron. Parmi les services que Bach a rendus à la science du droit, il faut ranger principalement celui d'avoir appelé l'attention des jurisconsultes sur ce droit controversé, dont avant lui on niait l'existence parce qu'on ne voulait admettre l'existence de deux sectes divergentes entre elles d'opinion, que dans le cours de la période suivante.

(1) Cicéron (*de off.* 3, 17) cite ce nom comme ayant déjà été connu des anciens Romains (*majores*), et il compare l'objet qu'on désignait par là avec les idées que la philosophie grecque lui avait fournies sur la source de connaissance qui nous vient de la nature et de la raison.

(2) *De orat.* 3, 33. *De leg.* 2, 19. *Brut.* 42, Ernesti n'a pas même noté le mot *jus pontificium*.

(3) C'est encore là un de ces cas dans lesquels les modernes font emploi d'un substantif (§ 180), tandis que les Romains faisaient plus fréquemment usage d'un verbe. A la vérité, ce que les modernes appellent *brocarda*, *parœmiæ*, *maximes de droit*, portait aussi, à Rome, le nom de *definitiones*, *regulæ juris*, comme nous en pouvons particulièrement juger, d'après le grand nombre de *diversæ regulæ juris antiqui* que nous trouvons dans le dernier titre du Digeste.

Mais néanmoins il est plus ordinaire de rencontrer chez les anciens, sans que les modernes soupçonnent qu'il s'agisse là d'une expression proverbiale, les mots *definiri*, *dici*, *recipi*, *responderi*, *tradi.* Les phrases suivantes, que je vais citer, en les rapportant dans l'ordre alphabétique des verbes, nous fournissent un exemple de leur emploi.

Sic definierunt veteres, v. gr. *ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse* (§ 7. *Inst.* 3, 27.) (28).

Vulgo dicebatur, v. gr. *permutatione rerum emtionem et vinditionem contrahi* (§ 2. *Inst.* 3, 23.) (24), ou *omnia judicia absolutoria esse* (*Ult. Inst.* 4, 12.), ou *post ordinatum liberale judicium hominem, cujus de statu controversia est, liberi loco esse* (*fr.* 25. § 2. *D.* 40, 12.)

Quod dictum est, *furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse* (§ 3. *Inst.* 2, 6.)

In jure civili receptum est, v. gr. *quoties pereum, cujus interem conditionest non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset* (*fr.* 161. *D.* 50, 17): phrase qui doit paraître bien plus proverbiale encore que les précédentes.

Vulgo respondetur, v. gr. *neminem sibi causam possessionis mutare posse* (dans neuf endroits des Pandectes, et dans un du Code).

Traditum est, v. gr. *duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse* (§ 6. *Instit.* 2, 20.), ou *eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere* (*fr.* 11. *D.* 41, 4.) (5).

Il est encore une foule d'autres phrases que je pourrais citer et parmi lesquelles je me contenterai, pour terminer, de rapporter la suivante, qu'on ne rencontre nulle part dans le *Corpus juris*, et qui se trouve indéchiffrable dans le Gajus de Vérone : *Regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant* (*Gaji Instit.* à la suite du

Theod. Cod. 2, 1. § 4.) Ce proverbe est rapporté par Théophile, en grec, et non en latin, quoiqu'il ait coutume d'employer cette langue pour les autres mots ou propositions semblables.

§ CLXXXVI. *Noms de quelques jurisconsultes.*

Parmi les jurisconsultes de cette époque, il en est très-peu, si l'on en excepte ceux dont jusqu'ici j'ai eu occasion de faire connaître les noms, qui aient suivi la marche que je viens de tracer, et qui aient contribué réellement aux progrès de la science du droit. Depuis long-temps leurs écrits sont perdus, et d'un autre côté aucune des circonstances de leur vie ne nous est connues. Nous savons seulement, par Pomponius, qui a grand soin de nous l'apprendre, qu'un jurisconsulte qui acquérait quelque célébrité, arrivait presque toujours aux premières charges de l'État; mais c'était là moins le résultat qu'une des causes mêmes de cette haute opinion qu'on avait à Rome sur les connaissances juridiques. Caton l'ancien fut le premier qui recueillit les récits des faits ayant donné lieu à des procédures particulières, méthode que Cicéron blâme beaucoup, parce que, dit-il, elle oblige à rapporter une foule de circonstances minutieuses qui ne présentent absolument aucun intérêt. C'est lui ou son fils qui a donné son nom à

la règle appelée CATONIANA *regula*. MANILIUS donna également le sien aux MANILII *actiones*, ou MANILIANÆ *venalium vendendorum leges*, qui évidemment étaient des formules pour les contrats de vente. Enfin les HOSTILIANÆ *actiones*, qui paraissent avoir été des formules de testamens, portaient de même le nom d'HOSTILIUS, leur auteur. Nous ne connaissons les *libri III de jure civili* de MARCUS JUNIUS BRUTUS, que par le reproche que mérita son fils d'avoir dissipé les biens immenses, amassés par son père et dont il était parlé dans le préambule de cet ouvrage. Au reste, il paraît que ce n'est que par un pur effet du hasard que ces trois livres se trouvent porter un titre absolument semblable à celui donné beaucoup plus tard à des ouvrages célèbres, par les jurisconsultes Sabinus et Cassius. Quant à la famille MUCIA, elle compta dans son sein trois jurisconsultes illustres, qui furent tous trois Consuls; mais il n'y a que deux d'entre eux qui appartiennent à notre seconde période, ce sont P. MUCIUS SCÉVOLA, grand Pontife et le plus ancien de tous, et son cousin QUINTUS, qui était Augure.

CHAPITRE III.

LE DROIT ROMAIN CONSIDÉRÉ EN LUI-MÊME A LA FIN DE CETTE PÉRIODE.

§ CLXXXVII. *Aperçu des rapports de ce chapitre avec celui de la période précédente.*

Il est indispensable, pour comprendre parfaitement ce que j'ai à dire sur le Droit romain de cette période, de se reporter au tableau que j'ai tracé de son état à la fin de la période précédente, ou au moins de tracer un aperçu comparatif de ces deux tableaux. Les comparaisons, au surplus, seront faciles à établir, par la précaution que j'ai prise de suivre, dans l'examen des doctrines, un ordre exactement semblable de part et d'autre, en telle sorte que je n'ai pas même besoin de renvoyer chaque fois aux paragraphes correspondans. J'ai dû me dispenser aussi de répéter l'indication exacte des sources dans lesquelles on peut puiser les développemens des doctrines que je ne fais qu'esquisser. Ces indications étaient nécessaires, parce que la doctrine qu'elles concernent se trouvait absolument neuve dans la période précédente; elles deviennent donc inutiles lorsque ces doctrines sont une fois établies.

§ CLXXXVIII. *Aperçu des rapports de la seconde période avec la suivante.*

Comme la plupart des maximes de Droit déjà adoptées vers la fin de cette période, ne nous sont connues que par des documens qui datent de la période suivante, il n'est pas fréquent de pouvoir discerner avec précision ce qui avait alors force de loi, d'avec ce qui ne fut introduit que plus tard. Quelle que soit la base qu'on adopte, à cet égard, elle ne peut qu'induire en erreur dans une foule de cas particuliers. Néanmoins, comme il faut cependant partir d'un principe quelconque, je veux bien admettre que sinon le développement complet, au moins le germe et le principe fondamental de toutes les doctrines que nous ne savons pas positivement, d'après les auteurs, avoir pris naissance dans le cours de la troisième période, existaient déjà dès la seconde. J'ai préféré cette règle à toute autre, parce qu'il nous est bien autrement facile de connaître les changemens survenus dans le cours de la période suivante, que de déterminer ceux qui eurent lieu durant celle-ci. Au surplus, l'emploi des citations tirées de Cicéron, et la nécessité d'apporter une scrupuleuse exactitude à cet égard, deviennent ici presque aussi indispensables, que relativement aux frag-

mens des douze Tables pendant la première période.

DROIT CIVIL.

§ CLXXXIX. *Sources.*

Le Droit civil général renferme, ainsi que les Romains commencent déjà eux-mêmes à le remarquer (§CLXXXV, note 1), des vérités qui sont admises également par toutes les nations policées (*jus gentium*), et qui servaient de guides dans toutes les affaires où l'on avait à prononcer entre ces individus libres, mais non Romains, qui se trouvaient en si grand nombre à Rome même, dans l'Italie, et surtout dans les provinces. Le Droit romain, proprement dit (*jus civile*), s'éloigne, sous beaucoup de rapports, de ce droit des gens, et il ne reçoit d'application immédiate qu'entre les Romains eux-mêmes. Comme ce droit repose sur des lois fixes, une distinction importante à faire, c'est celle de déterminer si la loi considérait ou non l'action contraire à sa disposition comme nulle, et si elle punissait ou bien laissait impunie la contravention (1). C'est à cette idée que se rapporte l'expression de *minus quam perfecta lex*, employée par Ulpien, et celle de *lex imperfecta*, dont se sert Macrobe (2). Il est probable que, par opposition, on admettait également l'ex-

pression de *lex perfecta*, et enfin rien ne s'oppose à ce qu'il n'ait été question de même d'une *lex plus quam perfecta*. Des exemples nombreux de l'emploi non-seulement du mot *rogare*, mais encore de ceux d'*abrogare*, *derogare*, *subrogare* et *obrogare*, se rencontrent en parlant d'une loi, et les derniers indiquent toujours le rapport entre une loi récente et celle qui était en vigueur auparavant. On commence aussi à opposer le Droit civil (*jus civile*) au droit honoraire (*jus prætorium*), et on se sert de l'expression : *ipso jure*, pour désigner tout ce qui est conforme au premier de ces droits (3). Cependant aucun passage des divers ouvrages sur la jurisprudence dont il nous reste des fragmens, n'autorise à penser qu'on fît alors une distinction entre les Édits publiés par le *Prætor urbanus*, et ceux émanés du *Prætor peregrinus*. Indépendamment de ces sources générales, il est aussi parlé, toutes les fois que l'occasion s'en présente, de celles qui étaient particulières et réservées à certaines localités. Ainsi on voit mentionner une loi pour une province (*lex provinciæ*), et une loi pour une ville municipale (*lex municipii*). C'est sans doute à cette distinction qu'on voulait faire allusion, lorsqu'à défaut de loi positive, on déclarait s'en rapporter aux usages (*mores*) et à la coutume (*consuetudo*) de tel ou tel endroit, puis aux conséquences qui en découlaient,

et enfin à l'ordre de la procédure adopté à Rome même (4).

(1) Il n'est plus du tout question de cette branche du Droit général dans le *Corpus juris;* on cessa de s'en occuper, par suite d'une constitution qui date de la quatrième période.

(2) Dans Ulpien, ce mot et la loi qu'il rapporte pour exemple, imanquent mmédiatement avant la première ligne, qui s'est conservée. La manière dont Cujas a essayé de remplir cette lacune, a reçu, tout récemment encore, bien plus d'éloges qu'elle n'en mérite (§ 172, note 1).

(3) ULP. 1, 10. *Hodie autem* IPSO JURE *liberi sunt;* et § 2. (*pr.*) *Instit.* 3, 9. (10): *Heredes quidem* IPSO JURE *non fiunt.* Ce fut seulement alors que le Préteur commença à exercer quelque influence sur le droit Prétorien.

(4) *Fr.* 32. *pr. D.* 1, 3; passage remarquable d'où l'on a formé le mot *coutume* (*consuetudo*), pour désigner, pendant plusieurs siècles, en Italie, en France et en Allemagne, le droit en vigueur dans une certaine contrée, de quelque manière qu'il eût pris naissance.

I. DES PERSONNES.

A. DIFFÉRENCES ENTRE LES PERSONNES LIBRES ET LES ESCLAVES.

§ CXC. SERVI.

Les esclaves (*servi*) continuèrent, comme auparavant, d'être également incapables d'exercer aucun droit à Rome, quoiqu'on connût déjà des

peuples chez lesquels le mariage entre individus privés de la liberté civile, était permis par la loi (1).

Les *esclaves publics* (*Servi publici populi romani*) jouissaient de droits plus étendus que les autres, parce que l'autorité, sous la surveillance de laquelle ils se trouvaient placés, leur assurait la jouissance incommutable de ce que ces derniers ne pouvaient tenir que du caprice ou de la bienveillance de leurs maîtres.

L'origine de la servitude était limitée à un plus petit nombre de cas que par le passé; car le vol manifeste (*manifestum furtum*) n'entraînait plus la peine de l'esclavage, et l'insolvabilité d'un débiteur avait cessé aussi de le rendre esclave de son créancier (2).

Il est probable qu'à cette époque on apposait plus souvent des conditions et des délais à l'affranchissement, et que c'est ainsi que naquit alors l'état des esclaves nommés *Statu liberi*. Il paraît aussi qu'on pouvait déjà instituer héritiers par testament ses propres esclaves, afin de ne pas manquer d'héritiers. Toutes les fois qu'il s'agissait de déterminer les devoirs que l'affranchi devait remplir envers son maître actuel, on avait déjà recours à des conventions verbales, et même à un contrat spécial, dont on faisait assurer l'exécution par serment. Ces divers actes exerçaient une grande influence sur les disposi-

tions prescrites à cet égard par les lois, et notamment sur le droit acquis au maître à l'égard de la fortune de celui qui jadis avait été son esclave, après la mort de ce dernier. Outre les modes d'affranchissement du Droit romain proprement dit (*justa libertas*), il y en avait encore un autre, introduit peut-être en faveur des individus non Romains, mais que, très-certainement, à cette époque, on appliquait aussi aux esclaves des citoyens romains. Ce mode consistait dans la simple déclaration faite par le maître, sans aucune autre formalité, qu'il donnait la liberté à son esclave (*inter amicos liberum esse jubere*). A la vérité, l'esclave ne devenait pas libre après cette cérémonie; mais, en vertu du droit Prétorien, il était délivré de tous les inconvéniens de l'esclavage (*servire*), c'est-à-dire qu'on ne le traitait plus en esclave. Pour exprimer son état, on disait alors de lui, *in libertate moratur*, à peu près comme on se servait du mot *possidere*, en parlant d'une chose mobiliaire ou immobiliaire, pour faire connaître la condition de celui qui en était simple détenteur (§ CLXXIX, note 5) (3).

(1) Toute l'intrigue de la pièce de Plaute, intitulée *Casina*, roule sur un mariage de cette espèce, et il est dit, dans le prologue, qu'à Athènes, à Carthage, et *hic in nostra terra*, les mariages des esclaves ne sont pas une chose aussi extraordinaire qu'à Rome.

(2) Mais nous trouvons déjà, au contraire, qu'un homme libre peut devenir esclave en cédant l'usufruit de sa personne.

(3) On trouve (§ 275, note 2) l'exposition de cette doctrine qui, dans le cours de la période suivante, donna naissance aux *latini juniani*, dans Dositheï *Fragm. veter. Icti de juris spec. et de manumiss.*, *ed.* Roever. § 6. Voici, d'après une ancienne traduction, les termes dont se sert l'auteur: *Primum ergo videamus, quale est quod dicitur eos, qui inter amicos veteres (?) manumittebantur, non esse liberos, sed domini voluntate in libertate morari, et a tantum servendi metu liberari. Antea enim una libertas erat..... et civitas romana competit manumissis, quæ appellatur legitima libertas, hi autem, qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi, et manumissores audebant eos iterum per vim in servitudinem dicere; sed interveniebat Prætor, et non permittebat manumissum servire.* § 7. *Omnia autem tanquam servus adquirebat manumissori....* Hoepfner (§ 77, note 2) allègue, contre l'autorité de ce passage, et contre l'opinion émise dans le *Civilistisches Magazin*; (tom I, p. 222), celle d'Ernesti (*Ad Tacit. Ann.* 13, 27). Mais d'abord Tacite lui-même est parfaitement du même avis que Dositheus: *Quin et manumittendi duas species institutas, ut relinqueretur pœnitentiæ aut novo beneficio locus; quos vindicta patronus non liberaverit, velut vinculo servitutis attineri:* et ensuite Ernesti a raison aussi de dire que *pœnitentia,* dont parle Dositheus, consiste seulement en ce que le maître s'en tenait au premier degré d'affranchissement. Mais Dositheus est bien éloigné de prétendre le contraire, et d'attribuer déjà au temps dont nous parlons, la révocation de l'esclave en servitude (*in servitutem revocare*), qui ne s'introduisit que plus tard, et qui pouvait avoir lieu après tout affranchissement, même fait selon les formes les plus rigoureuses du Droit romain. Au reste, on peut rapporter également ici le

fr. 10, § 1. *D.* 40, 4: *Eum placeat hodie etiam libertatem adimi posse legato.*

DROIT DE CITÉ.

§ CXCI. Cives et peregrini.

Il existait entre les Romains qui jouissaient en plein du droit de cité, et les étrangers proprement dits, une foule de degrés intermédiaires d'après lesquels, d'un côté, on pouvait bien n'être point considéré comme Romain par rapport à un Romain proprement dit, et, d'un autre côté cependant, être regardé comme *Citoyen* dans l'acception générale du mot (*civis*), à l'égard des autres étrangers. Telle était la condition des Cérites et des Latins, quoique les Cérites originaires de Cère, et les Latins, habitans du Latium, se trouvassent actuellement en possession du droit de cité tout entier, en un mot du droit Quiritaire (*jus Quiritium*). Il y avait au contraire des Colons latins (*Latini colonarii*), et bien certainement déjà aussi des *deditices* (*Dedititii*), qui se trouvaient dans la catégorie opposée.

Le droit de cité plein et entier, indépendamment des anciennes manières, parmi lesquelles la manumission n'avait jamais cessé de figurer (1), s'obtenait très-souvent en vertu d'un Plébiscite, ou par une décision particulière d'un magistrat (*magistratus*, ou *pro magistratu*). L'exercice de

certaines magistratures le procurait aussi quelquefois (2). On le perdait en acceptant le droit de bourgeoisie dans une autre contrée, parce que cette acceptation était incompatible avec la qualité de citoyen romain. Nous trouvons aussi, en matière criminelle, la perte du droit de cité employée soit comme peine principale, soit comme suite ou conséquence d'une peine.

Le droit de cité non complet, et même les espèces de *pérégrinité*, qui cependant engendraient certains droits particuliers, s'obtenaient de la même manière que le plein droit de cité, c'est-à-dire soit par la naissance, soit par l'affranchissement, et il ne paraît pas que les affranchis fussent exclus d'aucune communauté d'étrangers.

(1) Ferguson (*Progress and termination*, etc., vol. I., p. 73) affirme, sans aucun fondement, que, pendant un certain temps, on cessa de considérer les affranchis comme citoyens.

(2) Gai. p. 26, lig. 1 et suivantes.

§ CXCII. *Corporations ou personnes publiques.*

Nous trouvons déjà, comme faisant des *personnes publiques* ou *juridiques* (*persona publica*), dans le sens donné à ce mot par Frontin, lequel au surplus est tout différent de celui que nous lui appliquons, les villes municipales ou municipalités (*municipia*), et toutes les autres

communautés, dont les droits sur leurs esclaves, leurs affranchis et leurs autres biens, devinrent par la suite l'objet fréquent des dispositions particulières. C'est encore ici qu'il faut ranger les dieux (*dii*), à l'égard desquels il faut observer qu'on trouve ordinairement à la suite de leurs noms, l'indication du lieu où ils étaient adorés, c'est-à-dire celle du temple dont il était question à leur occasion.

B. DIFFÉRENCE ENTRE CEUX QUI EXERCENT DES DROITS POUR EUX-MÊMES, ET CEUX QUI LES EXERCENT POUR AUTRUI.

§ CXCIII.

Les relations sociales qui se placent dans cette catégorie devinrent beaucoup plus étrangères les unes que les autres, que nous ne les avons vues être dans leur premier germe.

I. POTESTAS, *et* 1° *sur les Esclaves*.

Cette puissance ne peut être exercée que par celui qui, non-seulement est propriétaire *ex jure Quiritium*, mais encore qui a l'esclave au nombre de ses biens (1). La condition des esclaves demeure la même qu'autrefois, quant au droit; mais sous le rapport du traitement elle est devenue à certains égards plus dure et sous d'autres rapports, plus tolérable. Les causes qui en augmentèrent la

rigueur peuvent être attribuées au nombre prodigieux des esclaves, à la modicité de leur prix, à l'éloignement dans lequel ils vivaient de leur maître, qui se trouvait dès lors quelquefois obligé de les renfermer dans un bâtiment étroitement gardé (*ergastula*), enfin surtout à la dépravation de la plupart d'entr'eux (2). Leur condition, sous d'autres rapports, devint plus tolérable, parce qu'il arrivait souvent que l'esclave l'emportait, par son savoir et son adresse, sur plus d'un homme libre, avantages que les Romains commençaient à apprécier, et qui quelquefois, lorsque le maître était riche, étaient pour l'esclave la source d'une fortune considérable.

(1) Gaj. p. 14, lig. 17, 20.

(2) Plaute (*Pseud.* 3, 1) cite à cet égard ce qui avait lieu (§ 35, note 3) par rapport à un esclave très-jeune. On pourrait citer aussi beaucoup de passages du même auteur, qui ont trait à des esclaves plus âgés.

§ CXCIV. 2° *Sur les* FILII FAMILIAS. *Origine de cette puissance par le mariage.*

La puissance paternelle n'était plus aussi considérable que par le passé; car, depuis la décadence de la gentilité, on avait progressivement accordé des effets de plus en plus étendus à cette autre espèce d'affinité dont la base n'est point fondée sur l'autorité paternelle.

Quant aux conditions requises pour la validité du mariage, nous voyons d'abord que, depuis long-temps, on n'avait plus égard à celle de l'égalité de naissance pour les Patriciens, mais que cependant on avait créé des restrictions applicables aux affranchis. Il paraît que la parenté proche devint plus rarement qu'autrefois un obstacle à cette union (1). La publicité n'était point indispensable pour la validité du mariage. Cependant nous trouvons déjà l'emploi de cette formule, *qu'on se mariait pour avoir des enfans*, (*liberorum querendorum causa*)(2). Une promesse de mariage (*sponsalia*) ne donnait lieu à aucune action, d'après le Droit romain, et c'était même vraisemblablement en vertu du Plébiscite qui a été cité dans le § CXLXII. Les auteurs rapportent même, comme un changement introduit, particulièrement chez les Latins, par la Loi Julia, *de civitate Sociorum*, l'abolition de la plainte à laquelle autrefois l'inexécution de cette promesse donnait matière chez eux (3). Lorsqu'un individu faisait une seconde promesse, avant d'avoir déclaré qu'il renonçait à la première, ou bien même lorsqu'il contractait un second mariage avant la dissolution du premier, la seule peine qu'il encourût, c'était la honte et l'infamie (4) qui rejaillissaient sur lui.

Fort souvent la dissolution du mariage était le résultat du divorce. Ce dernier acte n'exigeait que la volonté d'un seul des deux époux, et il

s'opérait sans qu'il fût besoin de l'intervention de l'autorité. La restitution de la dot, en ce cas, donnait déjà lieu à rechercher, non pas quel était celui des époux qui avait poursuivi le divorce, mais quel était celui qui, par sa mauvaise conduite, l'avait rendu nécessaire (5). Au surplus nous ignorons si tous ces actes exigeaient des entrevues et des comparutions des époux entre eux. Enfin nous trouvons dans l'Édit des dispositions formelles contre la supposition et la suppression de part, par suite du divorce (6).

(1) Plutarque (Qu. R. 6) parle d'une loi en vertu de laquelle le mariage avait été permis entre cousins germains, et qui doit appartenir à la période actuelle. (*Voyez* § 71, note 6).

(2) On en voit un exemple dans Plaute (*Capt.* 4, 2. *v.* 109).

(3) Aulu-Gelle (4, 4) cite à ce sujet Servius Sulpicius, dans un ouvrage de ce Jurisconsulte sur la dot (*de dotibus*).

(4) *Fr.* 1. *in fin. D.* 3, 2, d'après l'Édit : QUIVE SUO NOMINE, NON JUSSU EJUS, IN CUJUS POTESTATE ESSET, EJUSVE NOMINE, QUEM QUAMVE IN POTESTATE HABERET, BINA SPONSALIA, BINASVE NUPTIAS (IN) EODEM TEMPORE CONSTITUTAS HABUERIT. Néanmoins comme nous ne trouvons pas cette cause mentionnée sur le monument d'Héraclée, où il est parlé cependant des autres causes d'infamie, il se peut qu'elle date d'une époque plus récente.

(5) CIC. *Top.* 4. *Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuncium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet.* Comparez avec le droit postérieur dans Ulpien (6, 10).

(6) Dig. 25, 4. *De inspiciendo ventre custodiendoque partu.*

§ CXCV. 3° *Par adoption.*

On commence à se plaindre de l'adoption ; on lui reproche de procurer au père adoptif les mêmes avantages que s'il avait lui-même engendré l'enfant qu'il adopte (1). Près de cette institution, on peut rapprocher l'usage dans lequel sont déjà les Romains, de déclarer par acte testamentaire que telle personne doit être considérée comme fils du défunt, qualité cependant pour la jouissance de laquelle il fut d'usage, un peu plus tard, de se faire confirmer encore par un Plébiscite (2). Il est vrai que, dans ce cas, le défunt ne pouvait pas exercer de son vivant la puissance paternelle, et que c'est la raison qui fait que Gajus et Ulpien ne rangent pas cette coutume au nombre des causes qui donnaient naissance à la puissance paternelle : mais cependant, sous plus d'un rapport, elle produit absolument les mêmes résultats que si le défunt avait joui de la puissance paternelle à l'époque de sa mort.

(1) Aulu-Gelle (5, 19) dit que Scipion, étant Censeur, désapprouva *quod filius adoptivus patri adoptatori inter præmia patrum prodesset.* C'est donc encore ici qu'il faut placer une institution dont on a coutume de faire redescendre l'origine à une époque beaucoup plus rapprochée, en l'attri-

buant à Auguste, uniquement parce que ce fut cet empereur qui en développa et en précisa les effets.

(2) C'est ainsi qu'à une époque assez éloignée de l'histoire romaine, dans le cours même de la période suivante, et sans qu'alors on regardât ce fait comme une innovation, nous voyons le jeune Octave être adopté par le testament de son grand-oncle Jules César, ou du moins être arrogé, puisqu'il n'était plus en la puissance de son père. Octave eut la précaution de faire reconnaître son adoption par l'autorité, et de plus, parvenu au Consulat, il fit rendre encore un Plébiscite à cet égard, formalité sans laquelle il n'aurait pu exercer aucuns droits sur les affranchis du testateur. (App. *Bell. Civ.* 3, 14 et 94). L'adoption par testament n'était donc pas une simple institution d'héritier faite sous la condition que la personne adoptée prendrait le nom du testateur.

§ CXCVI. II. Manus.

Il est certain qu'à cette époque, beaucoup de mariages, peut-être même la presque totalité, commençaient et se continuaient sans que la femme fût placée sous la main du mari (*in manum conventio*). On peut même douter que l'*usurpation* fût encore nécessaire pour empêcher cette *conventio* d'avoir lieu, puisque l'usurpation avait été abolie, non-seulement par des Plébiscites, mais encore par l'usage général. Fort souvent au contraire la coemption (*coemptio*) était appliquée à une foule d'autres doctrines étrangères au mariage, ainsi que Cicéron nous le donne à entendre, et que d'ailleurs nous le savons positive-

ment aujourd'hui par le manuscrit de Gajus. Ainsi on y avait recours : 1° de la part d'une femme, pour se libérer de la tutelle gênante de ses agnats, et c'est sans doute par opposition à cette démarche qu'il est parlé de Romaines qui n'ont jamais éprouvé de *diminution de tête* (*quæ se capite nunquam diminuerant*); 2° dans la possession de biens (*bonorum possessio*) en vertu du testament; 3° enfin lorsqu'un héritier ne voulait pas se charger dans la succession qu'il recueillait du culte privé (*sacra*); c'est à raison de cette circonstance, et probablement dans le but de débarrasser l'héritier de ce soin, qu'il est question de vieillards qui faisaient à Rome métier de se rendre acquéreurs fictifs de droits héréditaires, afin, moyennant un salaire qu'ils recevaient, de restituer à l'héritier la partie *utile* de la succession, et de garder pour eux le culte privé, qui devait bientôt s'éteindre par leur mort (*senes ad coemptiones faciendas*) (1). Ceci peut avoir donné naissance au terme de *coemptionalis senex* (2), quoiqu'à la vérité Plaute n'emploie ce dernier qu'à l'occasion de la vente des esclaves.

(1) Cicéron (*pro Mur.* 12) en parle après avoir dit un mot du tuteur des femmes (*tutoris optio*), et avant une autre circonstance relative à l'*in manum conventio*.

(2) Les passages les plus anciens et les plus positifs à cet égard, sont, 1° un passage de Plaute (*Bacc.* 4, 9. *v.* 53), dans lequel Priam est désigné sous ce nom, par dérision;

2° et un autre d'une lettre de Curius, dont on a déjà parlé plus haut (§ 86, note 2), et dans lequel celui-ci, également en plaisantant, dit qu'il n'est plus bon à rien, et que, quand bien même on le mettrait à l'encan *inter senes coemptionales*, on ne retirerait pas de lui grand profit. Ernesti s'est permis de supprimer dans cette phrase le mot *senes*, que, sans égard au passage de Plaute, il fait dériver du passage de Cicéron cité dans la note précédente.

§ CXCVII. III. Mancipium.

Le droit de celui qui se trouvait, par mancipation (*mancipatio*), posséder un homme libre (*liberum caput*), sans toutefois exercer sur lui la puissance paternelle, et sans l'avoir non plus sous sa main (*manus*), ce droit, disons-nous, se développa d'une autre manière durant la seconde période, qu'il ne l'était au temps des douze Tables. Il n'était au surplus presque jamais qu'apparent et passager, excepté dans le cas où le père avait donné son fils en réparation d'un dommage causé par lui (*noxæ*), mais en aucun cas il n'autorisait à maltraiter celui sur qui on l'exerçait (1).

(1) Gai. p. 39, lig. 24; p. 40, lig. 1.

§ CXCVIII. *Fin de* Potestas, Manus, *et* Mancipium

Il est certain qu'à cette époque on pouvait être libéré de l'autorité paternelle, sans pour cela être forcé de passer dans une autre famille par adop-

tion. Il est probable aussi que l'usage s'était déjà établi de faire les trois ventes successives du fils, toujours au même acheteur (1). Parmi les causes qui rendaient l'émancipation plus fréquente et plus nécessaire, nous devons sans doute ranger aussi les Plébiscites, en vertu desquels un chef de famille était généralement plus favorisé dans les distributions publiques et autres circonstances semblables, que le fils soumis à sa puissance. L'individu placé *in mancipium* peut devenir libre par le Cens, même sans la volonté de celui duquel il dépend; à moins que le père ne veuille le reprendre sous sa puissance, ou qu'il n'ait été abandonné *noxæ* (2).

(1) Gai. p. 35, lig. 18 et 22.
(2) Gai. p. 39, lig. 15 et suiv.

§ CXCIX. *Tutelle.*

En recherchant l'origine de la tutelle testamentaire, nous découvrons que quelquefois celui en *la main* duquel s'était trouvée une femme romaine, lui donnait par testament le droit de se choisir un tuteur (*tutoris optio*) (1). Cette option de tuteur nous était connue par le Sénatus-Consulte sur les bacchanales (2); Plaute y fait aussi allusion (3); mais Ulpien n'en dit rien. C'est seulement depuis la découverte du manuscrit de Gajus, que nous savons qu'elle

était tantôt *pleine* (*plena*), et tantôt *étroite* (*angusta*), suivant que le choix n'avait été limité par aucune restriction, ou bien qu'il avait été borné à un nombre de cas déterminés (4). Il est probable que le tuteur s'appelait *tutor optivus* dans ce cas (5).

Quant à la tutelle tant des impubères que des femmes, il faut y rapporter maintenant, d'une part le tuteur donné en vertu de la loi (*Atilianus tutor*), de l'autre le tuteur prétorien (*Prætorianus* ou *prætorius tutor*), nommé d'après le droit coutumier, et avec le tuteur lui-même, dans le cas où il s'agissait d'une affaire juridique. Il n'est pas encore possible d'admettre l'existence de la tutelle de la mère (6). Il était permis de céder à un autre la tutelle d'une femme romaine, mais seulement en matière de tutelle légitime (*legitima*), et non de tutelle fiduciaire (*fiduciaria*); c'est au moins l'opinion d'un grand nombre d'auteurs, quoique Gajus, sous ce rapport, qualifie de tutelle *légitime* celle qui est exercée par le père sur la fille émancipée (7), et que l'on considère ordinairement comme *fiduciaire*.

C'est durant la seconde période seulement que le cas pour lequel la femme romaine est soumise à la tutelle, se trouve uniquement borné à celui de l'aliénation d'une chose susceptible de mancipation (*mancipi res*). Son caractère particulier, et cela sans doute aussi depuis la même époque,

est en outre de n'avoir lieu très-souvent que *de nom* (*dicis causa*), c'est-à-dire qu'à la vérité il était nécessaire de consulter fréquemment le tuteur, mais que celui-ci n'avait pas le choix de donner ou de refuser son autorisation (*auctoritas*), en telle sorte qu'aucune responsabilité ne pesait sur lui, parce qu'il n'agissait qu'autant que le Préteur l'y contraignait. Il n'était donc au fond qu'une espèce de témoin. Ceci cependant cesse d'avoir lieu lorsque le tuteur est lui-même l'héritier légitime (*legitimus hæres*) de la femme (8).

Le Droit romain ne fixait point encore un certain nombre d'années à l'expiration desquelles la tutelle des impubères dût cesser. En effet, il n'y avait pas encore très-long-temps qu'à Rome on commençait à avoir des idées nettes sur les différentes périodes de la vie humaine, et on n'en faisait même mention que sous les rapports physiques (9). Au surplus même, à cette occasion, il n'est point parlé de l'âge de douze ans comme étant celui où finit la tutelle des femmes romaines.

(1) Gaji *Instit.* p. 42, lig. 1.

(2) Parmi les récompenses accordées à Fescennia Hispala (Liv. 39, 19), on distingue, entre autres, celle-ci : *Uti tutoris optio item esset, quasi ei vir testamento dedisset.*

(3) Plaute. *Truc.* 4, 4. v. 6. *Qui manu me tutorem adoptavit bonis*, dit une jeune fille, en parlant de son amant, qui lui avait tout sacrifié.

(4) Gaji p. 42, lig. 6, 16.

(5) Lig. 16, 19.

(6) La phrase de Tite-Live (39, 9): *sub tutela matris..., et vitrici.... educatus fuerat*, ne prouve pas qu'une femme pût exercer une véritable tutelle.

(7) Gaji p. 47, lig. 18.

(8) P. 50, lig. 23 et suiv. Par conséquent Gajus en parle avant de s'occuper de l'origine de la tutelle, et en examinant une question que d'ailleurs il avait, sans doute, déjà discutée dans d'autres ouvrages, celle de savoir si toutes les tutelles doivent être rapportées à cinq genres, ou bien à trois seulement, ou bien enfin s'il y en a autant de genres qu'on compte d'espèces différentes. Cicéron semble faire allusion à cette contrainte exercée envers les tuteurs, lorsqu'il dit qu'il y a maintenant des tuteurs qui *potestate mulierum continerentur* (*pro Mur. c.* 12).

(9) L'usage, nouvellement introduit, de se couper la barbe, ne permettait plus de reconnaître aussi facilement au premier abord si l'homme à qui l'on parlait avait atteint l'âge de puberté; mais, pour parer à cet inconvénient, les jeunes gens avaient grand soin de laisser croître leur barbe. *Bene barbati* et *imberbes*, sont deux mots qu'on trouve souvent ensemble, et sur les médailles on remarque que ce sont précisément les empereurs peu avancés en âge qui portent une longue barbe (Eckhel, vol. VI, p. 77).

§ CC. Cura.

La curatelle s'accrut à cette époque des nouvelles espèces que le Préteur introduisit. Ce furent d'abord celle qu'on devait exercer sur les prodigues dont les douze Tables ne parlaient point, et ensuite celle sur les mineurs au-dessous de

vingt-cinq ans (*minores XXV annis*), c'est-à-dire sur les individus qui, pubères depuis peu de temps, n'étaient pas encore en état de bien administrer eux-mêmes leurs affaires (1).

(1) Ulp. 12, 3 et 4.

II. DES CHOSES.

§ CCI. *Choses* EXTRA COMMERCIUM.

Nous voyons à cette époque exercer des droits certains sur des choses qui, par le droit naturel, sont communes à tout le monde (*res extra commercium*). Ces droits dérivaient : 1° ou d'un simple contrat (*locatio et conductio*), c'est-à-dire d'un contrat ordinaire, tel qu'il était d'usage, en toute autre occasion, entre deux particuliers, et à l'égard des propriétés privées, mode qui fut déterminé d'une manière plus positive par le passage de l'Édit qui traite des droits sur la superficie (*superficies*) (1); 2° ou bien ils étaient réglés par une convention d'une nature tout-à-fait spéciale, et qui n'était nullement susceptible d'application à l'égard des propriétés foncières appartenantes à des particuliers. C'est en vertu de cette convention qu'on reconnaissait alors des champs appelés *Agri vectigales* ou *possessiones*, dans ce sens particulier. On payait, pour chaque redevance ou location (*vectigal*), un quin-

tal de blé, deux quintaux de fruits, et en outre une certaine rétribution pour le droit de pacage (*scriptura*) (2).

(1) Comme Ernesti (*Clavis Cicer.* v. SUPERFICIES) prétend que ce mot et celui d'*area* sont synonymes, il convient de faire observer, à cet égard, que la synonymie est bien plutôt applicable aux expressions de *superficium* et de *superficies*, comparée à celle d'*ædificium*. C'est ainsi que Tite-Live (5, 54) rapproche, d'un côté, les mots *superficies*, et *tigna* avec ceux de *solum* et *terra*, de l'autre.

(2) Le titre du DIG. 6, 3 : *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*, a bien plus de rapports avec l'objet dont nous nous occupons, que le petit nombre de passages qui roulent sur cette matière dans le paragraphe lui-même. Il est souvent parlé d'une manière formelle, dans le monument connu sous le nom de *Obligatio prædiorum* (*v.* § IV), du cas où quelqu'un offre ses biens fonds, *deducto vectigali*, moyennant une certaine somme. Mais comme on y trouve aussi quelquefois ces paroles : *et eo quod Cornelius Gallicanus obligavit* (ce qui veut dire non pas *a engagé*, mais *s'est laissé engager*), on se demande si *deducto vectigali* signifie qu'il faut déduire l'impôt lui-même, ou seulement si l'on entend déduire de la masse des biens tout ce qui était *ager vectigalis*. Cette dernière interprétation paraît être d'autant plus probable, que l'obligation tout entière s'appliquait bien mieux à ce qui n'était pas *ager vectigalis*. Voyez le compte rendu par M. de Savigny, du Mémoire de Wolf sur ce sujet, dans les *Heidelberger Jahrbuecher der Jurisprudenz*, c'est-à-dire dans les Annales de Jurisprudence de Heidelberg (tom. II, p. 254).

§ CCII. *Servitudes.*

Inst. 2, 3. *De servitutibus.* 4. *de usufructu.* 5. *de usu et habitatione.*

Dig. Le VIIe livre, *des servitudes personnelles*, et tout le VIIIe, *des servitudes d'un bien-fonds.*

Les choses incorporelles s'offrent maintenant à nous grevées de certaines servitudes, dont les Jurisconsultes romains, par des vues particulières, restreignaient l'étendue de deux manières différentes (1) : 1° d'abord en déclarant que ces droits ne pouvaient jamais obliger le propriétaire de la chose soumise à la servitude ni à *donner* ni à *faire*, mais seulement à *souffrir* d'une manière purement passive, ce qu'on exprimait en disant que toute servitude consistait *in patiendo* et non *in faciendo*. Cependant il se pouvait que la servitude à laquelle il était astreint, l'empêchât quelquefois aussi de faire usage de sa propre chose (2). 2° Ils restreignaient aussi l'étendue de ces servitudes, soit en ne les accordant jamais à un individu à titre de propriété, ou en d'autres termes comme formant à son égard un droit parfaitement libre et aliénable, mais seulement, et ce cas ne pouvait se rencontrer que quand il s'agissait d'une servitude inhérente à un immeuble, en sa qualité de possesseur d'un autre fonds voisin (3), et par conséquent comme susceptible de

révocation, de même que tout droit de possession en est susceptible, soit enfin en ne les concédant qu'à sa personne seule, ce qui ne changeait rien au droit en lui-même, mais pourvu que cette personne n'eût point souffert de *capitis diminutio*. De là résultait la distinction établie entre les servitudes relatives aux choses qu'on nommait *prædiorum servitutes*, *rerum servitutes*, ou tout simplement *servitutes*, *jura prædiorum*, et les servitudes relatives aux personnes, appelées *personales servitutes*, *personarum servitutes*, *hominum servitutes*.

Le bien grevé d'une servitude est, ou un fonds de terre (*rusticorum prædiorum servitutes*), ou un édifice (*urbanorum prædiorum servitutes*). Parmi les *servitudes rustiques*, les droits de chemin, appelés *iter*, *actus* (mots dérivés tous deux de verbes), et *via*, dont j'ai donné la définition plus haut (§ LXXXV), ainsi que le droit d'aquéduc (*aquæductus*), sont probablement les plus anciennes. En effet le § II. *Inst.* 2, 3, après avoir parlé de celles-ci, ajoute, avant de désigner les autres : *inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant*, etc., et, en outre, Cicéron lui-même range déjà le droit de mener ses bestiaux s'abreuver sur le fonds d'autrui (*aquæ haustus*) dans le nombre de ces servitudes. Quant aux *servitudes urbaines*, elles étaient plutôt considérées comme une espèce de

bien-fonds de peu d'étendue; que comme des droits incorporels, et c'est ce qui se prouve par le *fr.* 14. *pr. D.* 8, 1, qui dit, en parlant d'elles, *corporibus accedunt*, et le *fr.* 17. *D.* 44, 1, qui porte également *diversa corpora sunt*. C'est là sans doute ce qui nous explique pourquoi Gajus n'en fait pas même mention, lorsqu'il entre, à l'égard des choses *mancipi*, dans des détails dont nous profiterons par la suite.

Il n'y a que deux sortes de servitudes personnelles : 1° l'Usufruit (*ususfructus*, qu'on écrivait dans le principe, *usus et fructus*), c'est-à-dire le droit illimité à l'usage et au produit d'une chose, en tant toutefois que ce droit peut se concilier avec celui du propriétaire lui-même. Il résulte de là qu'il ne peut jamais s'exercer sur des choses dont l'usage détruit ou dénature nécessairement la substance (4), et à cette occasion quelques Jurisconsultes commençaient déjà à établir que l'enfant d'une femme esclave (*ancilla*) ne doit pas être considéré comme produit, mais comme une simple accession (*accessio*) de la mère (5); 2° l'Usage (*usus*), c'est-à-dire le simple droit d'user des fruits sans absorber leur totalité, lorsque la nature même de l'objet dont l'usage a été légué, ne rend pas impossible d'appliquer cette différence. Il résulte de là que ce n'est qu'en examinant le plus ou moins grand degré d'utilité ou d'avantage qu'on peut retirer d'une chose, qu'il est

possible d'établir la distinction de l'usage avec l'usufruit (6). Quant au droit sur les services des esclaves (*operæ servorum*), et au droit d'habitation (*habitatio*), ils n'étaient point encore, sans doute, considérés comme des servitudes proprement dites (7). Toute servitude personnelle entraînait en outre de la part de celui qui l'exerçait, l'obligation spéciale de fournir des sûretés pour sa jouissance.

(1) C'est sans doute à ceci qu'il faut rapporter les paroles de Cicéron (*pro Cæc.* 26), *Decentissime* DESCRIPTA *a majoribus* JURA, qu'on a considérées comme démonstratives du fait que tous ces droits se trouvaient inscrits textuellement sur les tables du Cens. Schrader fait observer à cet égard que cette doctrine se trouvait déjà presque entièrement développée du temps de Cicéron, et que, quand il en est question, l'on ne cite la plupart du temps que des écrivains plus anciens.

(2) Un passage bien positif de Théophile (2, 3. § 1) nous prouve que cela avait lieu dans le cas de la *servitude de ne pas recevoir l'eau des gouttières.* (*Stillicidii non recipiendi servitus*) laquelle supposait nécessairement, de la part de celui qui en jouissait, que jadis il avait été obligé *de recevoir* l'eau des gouttières d'une maison voisine (*Stillicidii recipiendi servitus*). Ce point une fois établi, l'on reconnaît bientôt que la manière la plus naturelle d'expliquer la servitude d'*élever plus haut son édifice* (*Altius tollendi servitus*), c'est d'admettre qu'elle consistait de même dans l'affranchissement de la servitude *de ne pas élever plus haut* (*Altius non tollendi servitus*). En effet, il est dit très-clairement dans le § 2. *Inst.* 4, 6 et le *fr.* 26. *D.* 44, 2, que, par ce droit de servitude, le propriétaire auquel il appartient, entendait avoir

la faculté d'élever plus haut sa propre maison, sans que son voisin eût la même faculté pour la sienne. (*Jus mihi esse ædes meas usque ad X pedes altius tollere.*)

(3) La maxime que, pour qu'il y ait servitude, il faut un fonds voisin de celui qui l'exerce (*vicinum* ou *finitimum prædium*), souffre plusieurs exceptions, qu'on réduit à tort cependant à une seule, c'est-à-dire au cas où une servitude se trouve maintenue lors de la vente du bien-fonds lui-même. (*Fr.* 6. *pr. D.* 8, 4.)

(4) Cic. (*Top. c.* 3.) Il est à remarquer que Cicéron cite déjà pour exemple le cas si fréquent du legs d'usufruit fait par un mari à sa veuve. C'est d'ailleurs ce droit que nous fournit, pour la première fois, le principe que la volonté dernière d'un défunt est la plus ordinaire de toutes les manières d'acquérir.

(5) Cic. (*de fin.* 1, 4.) On appliquait aussi les mêmes principes lorsqu'il s'agissait de legs., (§ 19. *Inst.* 2, 20.) Il est possible de douter, d'après le § 37. *Inst.* 2, 1, que les petits d'un animal eussent jusqu'alors été comptés dans son produit; mais quant à l'idée de *fruit* appliquée à l'espèce humaine, elle n'offre certainement rien d'inconvenant en elle-même.

(6) C'est ainsi que la doctrine, autrefois si répandue, que l'*usus* ne diffère pas de l'*usus fructus ad necessitatem restrictus*, éprouva de cette manière une restriction assez importante.

(7) M. Gabriel Riedel, professeur de Droit romain à Goettingue, est le premier qui m'ait fait apercevoir que le legs des travaux d'un esclave (*legatum operarum servi*) ne donnait pas lieu à une *servitus personalis* d'une espèce particulière. Parmi les motifs sur lesquels il appuie son opinion, je ne citerai que le *fr.* 2. *D.* 33, 2. Ce point est très-certain à l'égard du droit d'habitation, qui ne devint une espèce particulière de servitude que long-temps après, puis-

que le *fr.* 10. *D.* 4, 5, dit : *Si habitatio legatur..., tale legatum in facto potius quam in jure consistit.* Quelques-uns bornaient même la durée de ce droit à une année seulement (*fr.* 10. § 3, *D.* 7, 8), sur le fondement que, procurer une habitation à quelqu'un, ce n'est pas nécessairement lui en donner une pour toute sa vie, quoiqu'on ne puisse pas non plus entendre par là l'abriter pour quelques jours seulement.

§ CCIII. Mancipi res.

La distinction des choses en mobiliaires et immobiliaires n'était plus appliquée dans toute sa rigueur en matière d'usucapion, parce qu'il y avait alors dans le commerce une masse énorme d'immeubles. Cette masse renfermait non-seulement les terres publiques (*ager publicus*), qui à la vérité se trouvaient déjà autrefois susceptibles de transmission, mais encore tous les biens-fonds situés hors de l'Italie (*Italicum solum*), et auxquelles l'usucapion de deux ans n'était point applicable.

Mais il s'était formé, concurremment avec celle-là, sans qu'on puisse savoir de quelle manière, une autre distinction par laquelle Ulpien commençait l'exposition de la doctrine des choses; autant du moins qu'il nous est permis d'en juger par ceux des fragmens de son ouvrage qui sont parvenus jusqu'à nous. Cette différence est celle qu'on admettait entre les choses susceptibles de mancipation (*mancipi res*, mots dont l'inversion est admise, ou proprement *mancipii res*), et

celles qui n'en étaient pas susceptibles (*nec mancipi res*, mots dont on admettait aussi l'inversion). Gajus et Ulpien nous font connaître, comme faisant partie de la première classe :

1° Les terres situées soit en Italie, et soit dans les contrées qui, sous le rapport des droits dont elles jouissaient, étaient considérées comme faisant partie de l'Italie ;

2° Les servitudes dont se trouve grevé un immeuble autre qu'un édifice ; mais on ne sait pas si toutes les servitudes se trouvaient dans ce cas, ou s'il n'y avait que celles qui étaient désignées à cet effet d'une manière spéciale ; et j'ai déjà dit plus haut (§ CCII) que Gajus ne les cite même pas en traitant des servitudes (1). Mais dans un autre endroit, il les représente formellement comme les seules choses incorporelles qui soient *mancipi* (2).

3° Les esclaves (*servi*, ou, comme Gajus s'exprime, *serviles personnæ*) et les personnes libres (*liberæ personnæ*), car il est démontré que cette distinction s'appliquait déjà autrefois à ces dernières. En outre Ulpien nommait, et Gajus désignait certainement aussi comme telles, les bêtes de somme et de trait, à l'exception toutefois de celles qui, en Italie, ne sont pas rangées au nombre des animaux domestiques (3).

Ces deux auteurs terminent cette énumération par une phrase susceptible sans doute d'une autre

interprétation, mais dont le sens le plus naturel est que toutes les choses autres que celles-là sont considérées comme *nec mancipi res*. On rangeait en particulier dans cette dernière catégorie toutes celles qui pouvaient être *pesées*, *comptées ou mesurées*, (*pondere, numero et mensura constat*).

(1) P. 31, lig. 16.

(2) P. 58, lig. 14.

(3) ULP. 19, 1. *Omnes res aut mancipi sunt, aut nec mancipi res sunt prædia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, talis domus. Item jura prædiorum rusticorum*, VELUT (?) *via, iter, actus, aquæductus. Item servi et quadrupedes, quæ dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini.* CÆTERÆ RES NEC MANCIPI SUNT. *Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.* Voy. au sujet du mot *quadrupedes*, le *Civilistisches Magazin*, tom. I, p. 272 (104). Varron (*de re rustica*, 2), traitant des esclaves (*servi*), et autres animaux domestiques, sous le rapport du *jus in parando*, fait naître une difficulté, par rapport aux bêtes de trait et de somme, en ce qu'il ne parle de la mancipation qu'à l'occasion des esclaves. Pufendorf (*Observ.* 2, 29. § 11), et MM. les Professeurs Zachariæ, et Meister, de Breslau (*Gœttingische Anzeige* 1807, nº 149, et 1814, nº 193), ont essayé d'aplanir cette difficulté. L'opinion émise par ces derniers n'a qu'une analogie éloignée avec ce que Gajus dit, quand il prétend (p. 58, lig. 1 et suivantes) que les adversaires de ceux qu'il considérait comme ses maîtres, prétendaient qu'il n'y a que les bêtes apprivoisées seules qui puissent être considérées comme *mancipi res*, et qu'on ne devait pas donner ce nom à tout animal d'une nature trop sauvage pour se laisser apprivoiser.

(4) En effet, la phrase *cæteræ res nec mancipi sunt*, pourrait signifier aussi que les autres quadrupèdes sont *nec mancipi res*, explication qui se concilierait d'ailleurs fort bien avec la remarque faite ensuite, que, parmi ces animaux, il en est un qui se trouve réellement dans ce cas. Mais ce qui ne permet point d'admettre cette interprétation, c'est le soin pris par Ulpien, non pas de donner quelques exemples des *mancipi res*, mais de les citer toutes.

§ CCIV. *Examen du caractère général des* MANCIPI RES, *d'après chaque chose en particulier.*

Nous trouvons, en cherchant à reconnaître les caractères naturels qui distinguaient les choses faisant partie de la première espèce, d'avec celles de l'autre espèce, deux caractères principaux que Gajus leur assigne expressément. D'abord toutes les *mancipi res* étaient ou corporelles, ou du moins très-semblables à des choses corporelles (§ CCII); et en second lieu, elles étaient considérées constamment comme *précieuses* (1), c'est-à-dire sans égard d'ailleurs à leur poids, à leur nombre ou à leur mesure. A ces caractères on peut ajouter encore qu'il est probable que l'on comprenait sous cette dénomination toutes les choses qui avaient été connues dès l'origine par les anciens Romains, et enfin ce qu'il importe de ne pas oublier non plus, c'est qu'on y comprenait également toutes celles qui avaient ce que nous autres modernes nous appellerions *une individualité spéciale*, ou, en d'autres termes, et comme les Ro-

mains se seraient exprimés, toutes celles qu'il était facile de reconnaître et de distinguer dans leur espèce (*species*) (2). Or en nous appliquant à définir les *res nec mancipi* nous trouvons que chacune d'elles manque nécessairement de l'un au moins de ces caractères, quand bien même d'ailleurs elle posséderait tous les autres. Cette dernière différence nous suffit, d'abord parce qu'elle se concilie fort bien avec l'effet qu'elle produisait sur le Droit civil, effet que nous ne tarderons à faire connaître, et ensuite parce qu'elle a en outre beaucoup d'analogie avec les choses que, chez les autres peuples, il n'est pas besoin d'un nom juridique particulier pour distinguer suffisamment des autres, parce qu'il suffit à cet égard de leur qualité naturelle d'*immobiliaires*. Il résulte encore de là une conséquence, c'est que nous n'avons pas besoin d'établir d'autres caractères que ceux-ci; car tous ceux qu'on a prétendu ajouter sont ou forcés, ou dénués de preuve, ou manifestement faux (3).

(1) Bynkershoek n'a insisté que sur ce seul caractère. C'est effectivement celui qui frappe le plus les yeux. Gajus emploie aussi (p. 51, lig. 15) les mots *pretiosioribus rebus*, comme équivalant de *rebus mancipi*. Observons cependant que l'or et l'argent étaient *nec mancipi res*.

(2) Rossmann n'a fait attention qu'à cette circonstance (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 66 et suiv.). Toutefois un chien, un chat, etc., sont certainement aussi recon-

naissables, ce qui n'empêchait pas néanmoins qu'on ne les rangeait point au nombre des *nec mancipi res*.

(3) Isidore explique les *mancipi res* en disant que ce mot dérive de *quæ manu tractari possunt*; mais cette explication ne saurait convenir aux fonds de terres. Trekell pense (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 67) qu'il n'y avait que les seuls Romains qui pussent posséder ces choses. Meerman prétend que c'étaient celles qui avaient rapport à l'agriculture, et naguère encore on a invoqué, en faveur de cette opinion, l'autorité de Columelle, qui dit expressément qu'on s'aidait des bêtes de trait et de somme dans les travaux de la campagne. Mais assurément on ne peut considérer comme ayant rapport à l'agriculture, ni placer au même rang que les semences et les instrumens aratoires, une maison à Rome, un esclave mâle (*Servus*), ou une femme esclave (*Ancilla*), dont on se servait pour élever ses enfans, un cheval de selle, un attelage pour une voiture de voyage, toutes *res mancipi*. Nous ne trouvons d'ailleurs, chez les Romains, nulle autre institution analogue à celle-là, et qui puisse nous faire concevoir comment, chez un peuple agriculteur sans doute, mais qui à coup sûr n'était pas moins guerrier, l'agriculture seule aurait produit un effet que les armes n'avaient point obtenu. Bricherius Columbus (depuis conseiller d'État intime sous le nom de Brichieri) a rassemblé, contre F.-C. Conradi, un grand nombre d'argumens destinés à prouver que les *mancipi res* étaient les choses utiles, faciles à conserver, et susceptibles d'être prises dans la main. Mais comment ce dernier caractère aurait-il pu convenir aux propriétés foncières? Hommel a soutenu pendant quelque temps, qu'on entendait par là les choses utiles à la guerre, et Gibbon prétend qu'on appelait ainsi les choses prises sur l'ennemi.

Pufendorf pensait que le caractère essentiel de toutes les *mancipi res*, consistait en ce que chacune d'elles étaient énumérées à part dans le cens. Cette idée lui avait été suggérée

par la lecture d'un passage de Cicéron (*pro Flacco*, 32), où il est question d'un Romain, nommé Decianus, qui s'était rendu coupable de déprédations envers les habitans d'Apollonis en Lycie. Ce Decianus s'était approprié des terres dans cette contrée, et se les était attribuées à Rome, lors du cens, comme si elles eussent été sa propriété, opération qui s'appelait *in censu dedicare*, ou bien, *in censum deducere*, expression employée, dans le *fr.* 64. D. 41, 1, par un auteur contemporain. On attaqua Decianus, et, entre autres motifs de nullité, on allégua que les biens qu'il s'appropriait n'étaient pas *res mancipi*, qu'ils n'étaient point non plus *prædia in Italico solo*, ou, comme s'exprime Cicéron, qu'ils ne jouissaient point du droit civil (*jus civile*), que dès lors ils n'étaient point *censui censendo*, et que par conséquent ils ne pouvaient pas *subsignari apud ærarium*, *apud Censorem*. Nous ignorons s'il faut entendre par ces deux derniers mots, qu'on ne pouvait se prétendre propriétaire, devant le Censeur, que des *mancipi res*, ou même seulement des biens fonds qui étaient *mancipi res*, à peu près comme la loi détermine chez nous sur quel papier on doit faire un billet. Par conséquent, nous ne savons pas non plus s'il existait, entre le mot *mancipi*, employé quand il s'agissait des choses, et le mot *manceps*, dont on se servait lorsqu'il était question des personnes, le même rapport qu'entre les deux termes de *prædia* et de *præs*.

§ CCV. *Influence de cette distinction sur le Droit civil.*

L'influence que cette distinction exerça sur le Droit civil, n'eut pas pour résultat que les *mancipi res* fussent les seules susceptibles de devenir l'objet de la propriété romaine (*ex jure Quiritium*) (§ LXXXVI), ou bien que les *nec man-*

cipi res seules fussent susceptibles, tantôt de faire partie de cette propriété, tantôt d'être seulement *in bonis* (1). Comme cette influence porta également sur le *mancipium* et sur la *mancipatio* (§ XCIV), il en résulte qu'elle consistait en ce que, lorsqu'il s'agissait d'une *mancipi res*, il n'y avait que la mancipation, et non pas la simple tradition (suffisante pour une *nec mancipi res*) qui pût en procurer la propriété romaine (*ex jure Quiritium*), et que par conséquent toutes les fois qu'à l'égard de ces choses, il n'était intervenu qu'une simple tradition, l'objet ainsi transféré ne se trouvait placé que dans la possession seulement (*in bonis*) de celui qui le recevait. Toutes les autres manières d'acquérir, tant celles qui procuraient la propriété romaine, que celles qui faisaient seulement qu'un objet se trouvait *in bonis*, étaient applicables aux deux classes de choses (2). Il résultait donc de cette distinction que la vindication était plus facilement accordée pour une chose *nec mancipi*, que pour une chose *mancipi*, puisqu'il suffisait d'un abandon tacite pour transférer la propriété des premières. Mais un second effet, duquel on ne peut toutefois faire dériver le mot *mancipi*, et dont la tutelle des femmes romaines fournit l'exemple, consistait en ce que celles-ci n'avaient besoin de l'autorité de leur tuteur (*tutoris auctoritas*), qu'autant qu'elles voulaient aliéner une *mancipi res*. Il est

possible que la distinction dont je viens de parler, produisît encore d'autres effets, dont il ne nous reste plus de trace. Mais, quant à ceux que nous connaissons, il nous est facile de les mettre en harmonie avec les caractères distinctifs de ces deux classes de choses (§ CCIV). Il est tout naturel en effet qu'on oppose de plus grandes restrictions à l'aliénation des objets précieux qu'à celle des choses d'un moindre prix, ou qui n'en acquièrent qu'à raison de leur nombre. Mais il est juste aussi que le droit de vindication contre un tiers de bonne foi devienne nul lorsqu'il s'agit de choses de peu de valeur, ou du moins qu'il soit moins rigoureux qu'à l'égard des choses d'un grand prix. Il n'y a guère que cette dernière hypothèse qui présente un intérêt assez grand pour mériter qu'on intente une action dont l'issue nécessaire sera de faire rejaillir un blâme quelconque sur une autre personne. L'individualité, c'est-à-dire la facilité de reconnaissance, qui forme le caractère de toutes les *mancipi res*, s'accorde fort bien aussi avec cet effet; car la publicité de l'acte ne peut être utile qu'autant qu'il est question de choses faciles à reconnaître, puisque si la vindication portait par exemple sur une pièce d'or, aucun *libripens*, ni aucun témoin ne serait en état d'affirmer que l'objet qu'on lui met sous les yeux est le même que celui à l'aliénation duquel il s'est trouvé présent (3).

(1) Heineccius *Synt. Ant.* II. 1. § 19. Cet auteur avoue cependant, dans le dernier de ses ouvrages, dans ses notes sur Brisson (*v. mancipi*), que la chose n'est pas encore parfaitement claire. Conradi, ne pouvant sortir autrement d'embarras, rejette les mots *ex jure Quiritium*, qu'on lit dans Ulpien (24, 7), (*Civilistisches Magazin*, tome I, p. 79, 82).

(2) Comme la mancipation, en fait de choses mobiliaires, entraîne toujours à sa suite une tradition (§ 94), il s'ensuit que l'on pouvait aussi manciper les choses *nec mancipi*, lorsqu'on avait un motif quelconque d'employer, à leur égard, ce mode, qui entraînait beaucoup de longueurs. Ainsi, nous savons qu'on suivait cette marche pour les perles d'un grand prix, puisque Pline, en parlant de celles-ci, dit positivement *in mancipatum veniunt*. On pourrait objecter, il est vrai, l'autorité de Cicéron, qui nous apprend (*Top.* 10.) que quand une personne obtenait par mancipation une chose qui ne pouvait pas être mancipée, cette formalité ne lui en faisait pas acquérir la propriété. Mais on a répondu avec fondement qu'on n'est pas forcé d'admettre qu'il s'agisse précisément des choses *nec mancipi* dans ce passage, puisqu'on peut l'entendre aussi des choses *extra commercium*, auxquelles il n'est pas permis de douter que le principe posé par Cicéron ne soit applicable. Un autre moyen encore de résoudre cette difficulté, ce serait d'admettre l'explication proposée par Conradi, et dont il a été parlé dans la note 3 du § précédent, et qui tend à établir qu'on aurait admis ce principe uniquement pour procurer plus de sûretés au peuple.

(3) Le *Civilistisches Magazin*, (tom. II, p. 57, 83) renferme, sur l'*histoire savante* de cette doctrine, trois analises, faites par Trekell, des écrits publiés sur ce sujet depuis 1739 jusqu'en 1742, par Conradi, Rosmann, et Meerman, analises auxquelles j'ai ajouté quelques annotations. Gajus confirme sur tous les points l'opinion émise dans ces divers articles,

à cette seule différence près, que, suivant lui, une manière naturelle d'acquérir peut procurer quelquefois aussi la propriété romaine (*ex jure Quiritium*).

§ CCVI. In bonis.

Aucun auteur (1) ne nous indique, mais toutefois, pour nous conformer au principe par nous posé, nous admettons maintenant la doctrine en vertu de laquelle une chose peut se trouver simplement *dans les biens* (*in bonis*) d'un individu. Cette expression à la vérité ne se trouve plus employée comme terme technique, dans le corps du droit de Justinien. Cependant elle a donné naissance au mot δεσποτης βονιταριος, employé par Théophile, et c'est pour la rappeler que les modernes ont introduit celle de propriété ou domaine bonitaire (*dominium bonitarium*). Cependant il eût infiniment mieux valu appeler *naturel* le droit, c'est-à-dire la φυσικη δεσποτεια, qui existe dans ce cas. Peut-être même eût-il été préférable de laisser de côté le mot de *dominium*, inusité sous cette acception dans la bonne latinité, et de ne parler que de la simple détention, de la possession purement physique, telle qu'elle a lieu dans le monde entier. Avoir un objet *in bonis* n'est certainement pas la même chose que le posséder *de bonne foi* (*bona fide possidere*), quoique néanmoins il soit très-possible que, dans les temps anté-

rieurs à ceux dont nous parlons, on n'eût point encore distingué ces deux cas d'une manière aussi précise (2). On pouvait avoir *in bonis* une chose dont un autre était propriétaire, ou sur laquelle nul n'exerçait le droit de propriété romaine (*ex jure Quiritium*). Nous avons exposé plus haut (§ CXC) les conséquences qui en résultaient pour l'affranchissement (§ CXCIII), et celles qui en dérivaient à l'égard de la puissance sur un esclave. Il est vraisemblable que le fait d'avoir une chose *in bonis* engendrait déjà, au profit du possesseur, l'exception appelée *rei venditæ et traditæ exceptio*, même contre le propriétaire romain (*ex jure Quiritium*) qui voulait invoquer la vindication, principalement dans le cas où celui-ci avait lui-même transporté la propriété naturelle à un autre, quoique ce dernier point de doctrine ne se trouve non plus exposé ni dans Gajus, ni dans les Institutes. Il paraît au surplus fort douteux qu'une demande dirigée contre un tiers possesseur non obligé, pût déjà donner lieu à l'action dite *Publiciana in rem actio*, et il est probable que cette action ne fut introduite dans l'Édit que par le Préteur; or, nous ne trouvons un Préteur revêtu spécialement du nom de Préteur des étrangers (*prætor peregrinus*) qu'au commencement de la période suivante (an de Rome 685).

Parmi les différens cas qui peuvent donner

naissance au fait d'avoir une chose *in bonis*, nous devons ranger le principe précédemment cité (§ CLXXXV, note 3), *superposita inferioribus cedunt.* On ne saurait douter que ce principe ne puisse procurer tout aussi bien l'accession (*accessio*) d'une chose comprise dans la propriété *ex jure Quiritium*, que celle d'une chose comprise *in bonis.* Quant au droit de propriété, ou, pour mieux dire, quant au droit sur la chose qu'on acquiert de cette manière, il se règle de même que dans tous les cas où la chose accessoire se trouve ne former qu'un tout avec la principale, ou en d'autres termes d'après le droit auquel était soumise cette dernière, c'est-à-dire celle qui existait auparavant. On n'est pas certain que les anciens eussent rangé au nombre des manières dont on pouvait avoir une chose *in bonis*, la possession dite de *long-temps* (*longi temporis possessio*), c'est-à-dire de dix ans *inter præsentes*, et de vingt *inter absentes*, et pour laquelle il était nécessaire qu'il y eût un commencement en principe valable (*justum initium*, appelé aussi *bonum initium*) (3). Tout ce que nous savons de positif à cet égard, et en raisonnant d'après les notions les plus exactes, c'est que cette possession n'était point une manière d'acquérir la propriété civile (*jure civili*), quoique Justinien en ait traité à l'occasion de cette dernière.

(1) Cicéron (*ad Div.* 13, 30) se sert bien du mot *in bonis*; mais c'est en parlant de l'héritier qu'il l'emploie, et non pas en parlant d'une chose en général.

(2) La limite entre ces deux modes est parfaitement bien tracée dans Ulpien (19, 20 et 21). Ce jurisconsulte dit, dans un premier endroit: *Si servus alterius in bonis... sit, ex omnibus causis adquiret* (ou, plus exactement, *adquirit*) *ei, cujus in bonis est*; et dans un second: *is, quem bona fide possidemus....., nobis adquirit ex duabus causis tantum.*

(3) Paul. *Sent.* 5, 2. § 3 et 4.

(4) Il ne résultait de là, dans l'origne, qu'une simple *exceptio*, ou, comme on s'exprima plus tard, une *præscriptio*, c'est-à-dire une objection contre la demande. Justinien dit même qu'elle engendre une action au profit de celui qui s'en mis à couvert, en l'opposant: c'est au moins, ajoute-t-il, ce que disaient les anciennes lois (*veteres leges*), *si quis eas recte inspexerit* (*Const.* 8. *pr. C.* 7, 39). On voit aussi dans le *fr.* 10. *D.* 8, 5, qu'il naît de là une action utile (*utilis actio*), et il est dit, dans la *Const.* 3, 34, en parlant de la *longi temporis consuetudo*, que *vicem servitutis obtinet.* Gajus, dans ses Institutes, ne parle point de l'époque où cette doctrine était admise.

§. CCVII. *Changemens survenus dans les manières d'acquérir* EX JURE QUIRITIUM.

La tradition prend place maintenant parmi les manières d'acquérir la propriété romaine (*ex jure Quiritium*), quoiqu'il soit certain que dans le principe elle ne servait de fondement qu'à une simple propriété naturelle, et que Gajus lui-même (1) ne lui assigne pas encore d'autre ca-

ractère. Ulpien la place immédiatement après la mancipation, parce qu'elle ne s'exerçait pas, comme celle-ci, indistinctement sur les choses *mancipi*, et *nec mancipi*, mais qu'elle constituait une espèce particulière d'aliénation (*propria species alienationis*).

Un nouvel usage s'était introduit dans la mancipation, c'était d'exiger que le *libripens* et les témoins (*testes*) ne fussent point attachés à l'une des deux parties principales, par les liens de la puissance paternelle. La mancipation exigeait aussi un plus grand nombre de conventions, telles par exemple que *vadem ne posoeret*, *nec dabitur* (2).

La tradition demandait une *cause juste* (*justa causa*), et de plus il fallait qu'elle transférât la possession libre de la chose (*vacua possessio*), terme technique devenu à cet époque d'un grand usage.

A l'égard de l'usucapion, c'est-à-dire la première des diverses manières d'acquérir la propriété *ex jure Quiritium*, qui fût commune aux deux espèces de choses, l'usage avait consacré l'emploi des expressions de *cause de possession* (*causa possessionis*), de *commencement juste* (*justum initium*), terme principalement consacré lorsqu'il s'agissait de la *longi temporis possessio*, et enfin celle de *titre* (*titulus*), par laquelle on désigna ensuite l'usucapion elle-même.

Cet usage devint si général, qu'on indiquait par la particule *pro* (3) ou par *ex* (4), la nature de la possession, dans l'examen de laquelle on ne suivait point ici un ordre rigoureux, et que l'expression générale *pro suo* était employée non-seulement à l'égard de toutes les manières naturelles d'acquérir, mais encore lorsque la mancipation, la tradition, ou l'*in jure cessio*, avait été la source de la possession. Il paraît qu'on admettait presque généralement à cette époque (5) l'opinion que l'héritier peut acquérir par prescription une chose que son auteur ne pouvait acquérir de cette manière, parce que celui-ci la possédait sans titre valable (*sine justa causa*), pourvu toutefois que cet héritier invoquât pour sa possession un autre motif que son auteur. L'axiome: *que nul ne peut se changer à lui-même la cause de sa possession*: (*nemo sibi causam possessionis mutare potest*) (§ CLXXXV, note 3), était aussi d'un usage assez fréquent. *La bonne foi* (*bona fides*) était sans contredit exigée pour l'usucapion; mais dans le principe cette condition n'était pas nécessaire pour les choses mobiliaires. On ne pouvait plus acquérir par usucapion une hérédité en masse, comme par le passé, mais on acquérait encore des biens-fonds, héréditaires soit en qualité d'héritier (*pro herede*), soit par l'usage de ces biens (*usu receptio*) pendant un an, lorsqu'il y avait eu contrat fiduciaire (*fiducia*), mais non lorsqu'on en avait l'usage à titre précaire ou

de fermier (*prædiatoria usu receptio*). Ce mode d'acquisition n'avait pas été étendu aux terres situées hors de l'Italie, parce qu'il aurait été difficile effectivement de l'appliquer à des possessions éloignées. Mais il était remplacé, dans ce cas, par la possession de long temps (*possessio longi temporis*), dont la durée était cinq ou même dix fois plus longue que celle de l'usucapion. La tutelle légitime d'une femme romaine est indiquée comme obstacle à l'usucapion des choses appartenant à cette femme. On croit communément qu'au temps dont nous parlons, l'usucapion s'appliquait aussi aux servitudes ; mais ni le passage de Cicéron (6), ni celui des Pandectes où il est parlé de la loi Scribonia, en établissant la doctrine contraire (7), ne justifient cette conjecture, et ne peuvent servir à la faire prévaloir contre l'autorité unanime des jurisconsultes romains, qui assurent tous que l'usucapion ne s'étend point aux choses incorporelles (8).

Enfin si nous portons nos regards sur l'*in jure cessio*, nous trouvons la doctrine de son application par rapport aux successions. Cette application serait tout-à-fait inexplicable telle qu'Ulpien nous la décrit, mais Gajus en parle en termes assez précis, pour nous prouver qu'elle ne ressemblait en rien à ce qu'elle avait été précédemment (9).

(1) P. 69, lig. 14.

(2) VARRO *de L. L.* 5, 7.

(3) *Pro emptore, pro dote, pro donato, pro suo*, sont les quatre formules.

(4) *Ex causa emptionis*, et *ex emptione*.

(5) Déjà Mucius, et peut-être même Pomponius dit (*fr* 3. *D*. 41, 5. (6)) : *plerique* (*plusieurs*, et non la *plupart*) *putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, posse me usucapere*. On peut, il est vrai, interpréter cette phrase de manière à lui faire signifier que le défunt n'avait pas besoin d'avoir possédé la chose, et qu'il suffisait que l'héritier la considérât par erreur comme ayant été jusqu'alors en la possession de celui dont il recueillait l'hérédité. Mais il est bien plus vraisemblable qu'on n'avait pas encore décidé d'une manière très-précise, si la possession du défunt et celle de l'héritier réunies ne formaient qu'une seule et même possession, ou bien s'il fallait les considérer comme deux possessions distinctes, doctrines à l'appui de chacune desquelles on pouvait aisément faire valoir plus d'un argument.

(6) CIC. *pro Cæs. C.* 26. *Aquæductus, haustus, iter actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium à jure civili sumitur*. Depuis Rævardus, tous les jurisconsultes expliquent ce passage en disant que *rata auctoritas* est précisément l'usucapion désignée par Cicéron dans l'exemple qui précède, mais que *jus civile* exprime ici une idée contraire à celle du mot *legibus* employé aussi dans cet exemple. Cependant lorsqu'on lit attentivement ce passage sans l'isoler de ce qui précède, on voit qu'il n'est besoin ni de l'une ni l'autre de ces hypothèses pour le rendre parfaitement intelligible, et qu'il suffit que la validité des servitudes soit garantie par le droit positif en général, soit qu'on trouve cette garantie dans des lois mêmes (*leges*), soit seulement qu'on la

puise dans le *jus civile*. *Voyez* aussi CONRADI, *triga libellor.*

(7) *Voyez* ci-dessus, § 168, note 2.

(8) Schulting fait remarquer dans Paul (1, 17. § 2), un passage de la Loi SCRIBONIA, qui est tout aussi inexplicable en adoptant son opinion, c'est-à-dire celle de Rævardus, qu'en suivant la nôtre, puisqu'en aucun cas l'on ne saurait concevoir pourquoi un jurisconsulte tel que Paul développerait, comme étant encore en vigueur, un droit tombé depuis long-temps en désuétude. Schulting à ce sujet observe que, depuis la Loi SCRIBONIA, les jurisconsultes se contentaient toujours d'alléguer des raisonnemens contre l'usucapion des servitudes, et en effet, on ne les voit pas une seule fois citer cette loi à l'appui de la doctrine qu'elle aurait, dit-on, consacrée, quoiqu'ils reviennent très-fréquemment sur ce sujet. (*Voyez*, par exemple, le *fr.* 14 *pr. D.* 8, 1). Cependant on peut élever une foule d'objections contre l'assertion émise par ce même écrivain, que tous ces raisonnemens ne tendent à faire considérer comme inadmissible que l'usucapion d'une servitude rurale (*rustici prædii servitus*) et que la phrase de ce passage de Paul, *idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur*, peut être considérée comme ayant rapport à la législation positive.

(9) ULP. 19, 12, 15. Le mot *quoties* qu'il emploie, est remplacé dans Gajus, p. 63, lig. 4, par *ac si*.

§ CCVIII. *Fin de la propriété. Droit sur la chose engagée.*

De toutes les restrictions que la loi peut imposer à la propriété, il n'en est point qui influe davantage sur la fin de celle-ci que le droit d'aliénation que le créancier peut exercer sur elle.

Les jurisconsultes romains, en traitant des biens

incorporels, dans l'exposition des principes du Droit civil, ne parlent point du droit des Romains sur la chose du débiteur (*rei obligatio*, mots dont l'inversion est admise). Ils ne s'en occupent même qu'au moment où ils sont arrivés à parler de l'aliénation. Il est fort difficile de déterminer avec précision sur quels principes reposait l'ensemble de ce droit à l'époque où il parvint à son entier développement. Cette difficulté repose d'abord sur ce que ce droit recevait son application dans la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, dont Justinien ne dit jamais un seul mot; ensuite sur ce que les sources authentiques du Droit romain ne nous fournissent que de bien faibles renseignement à son égard; enfin, que le Droit romain en vigueur à une époque plus rapprochée de nous, laisse encore beaucoup à désirer sous ce rapport. Isidore est peut-être encore de tous les auteurs, celui qui nous fournit les meilleurs indices: il distingue trois formes sous lesquelles ce droit peut s'exercer, savoir *le gage* (*pignus*), *la fiducie* (*fiducia*) et l'*hypothèque* (*hypotheca*). La première de ces formes, le gage (*pignus*) consistait dans la remise de la chose même entre les mains du créancier, qui n'avait plus alors d'autre soin à prendre, que d'empêcher qu'elle ne tombât entre celles d'un tiers. La seconde, la fiducie (*fiducia*), n'était usitée, comme la *mancipatio* elle-même, que dans certains cas, par exemple,

dans la vente trois fois répétée du fils de famille; elle servait alors à abréger les lenteurs d'une aliénation régulière, et consistait en ce que celui qui recevait la propriété *ex jure Quiritium*, promettait à celui qui la transférait, de la lui rendre dans un cas déterminé. Ordinairement ce nouveau propriétaire laissait à l'autre la possession, mais seulement une possession précaire (*precarium*), c'est-à-dire telle que le nouveau maître pouvait à toute époque quelconque la revendiquer. C'est en particulier de cette manière qu'on fournissait des garanties au Trésor public (*ærarium*); les cautions (*prædes*) lui vendaient des héritages (*prædia*); on garantissait le payement sous la responsabilité de ces mêmes héritages (*prædibus prædiisque*); alors, et en cas de besoin, le Trésor vendait ces héritages (*prædia*) à des acquéreurs nommés *prædiatores*, d'où est venu le droit appelé *jus prædiatorium* (*voyez* ci-dessus § XCI, note 1). Enfin l'hypothèque (*hypotheca*), dont on trouve déjà la mention dans Cicéron, mais seulement, il est vrai, dans un cas où il est question d'une province, peut fort bien n'avoir été que la simple promesse non accompagnée de tradition, de mancipation ou d'*in jure cessio*, et par laquelle le créancier se soumettait à restreindre son droit sur telle chose déterminée. Mais on ne saurait admettre qu'une convention (*pactum*) de cette nature pût engendrer une action, et

encore moins une action susceptible d'être dirigée contre un tiers possesseur, vis-à-vis duquel le créancier hypothécaire n'avait aucune demande à former (1). La signification du nom grec que porte cette action, est un motif de plus pour nous prouver qu'on ne l'admettait point légèrement (2). Une pareille institution n'était pas sans quelques inconvéniens pour le commerce ; mais ce qui contribuait à diminuer les chances qu'elle pouvait présenter sous ce rapport, c'est que la loi punissait sévèrement le débiteur qui avait engagé une même chose à plusieurs créanciers, sans faire connaître au dernier hypothécaire ceux qui le précédaient (3). Il n'est pas facile de préciser l'époque à laquelle remontent les premières traces d'un *gage tacite* (*pignus qui tacite contrahitur*), c'est-à-dire de fixer le temps où le contrat de prêt devint tellement fréquent chez les Romains, qu'il n'était même pas nécessaire d'énoncer formellement dans l'acte, que le créancier hypothécaire aurait pour garantie de la somme prêtée par lui, un droit sur les fruits de la chose. Comme c'était de là que résultait l'action dite *Serviana actio*, et peut-être même aussi le *Salvianum interdictum*, il serait possible de décider que la fixation de cette époque dépend de celle à laquelle on assignerait la Préture de Servius et de Salvius, auteurs de ces actions. Quant à l'Interdit Salvien, on ignore jusqu'à quel point il pouvait s'appliquer contre

un tiers possesseur. Il est encore plus douteux qu'un Romain ait déjà pu engager non-seulement ce qu'il possédait actuellement, mais encore ce qu'il serait dans le cas de posséder un jour (*quæ habet, quæve habiturus est*).

Une femme romaine ne pouvait aliéner une chose *mancipi* sans l'autorisation de son tuteur (*tutoris auctoritas*).

C'est du rapport qui existait entre la propriété *ex jure Quiritium* et la possession *in bonis*, que dérivent maintenant tous les cas où l'on peut conserver la qualité de propriétaire *ex jure Quiritium*, pendant qu'un autre a la chose *in bonis* (5), ou même pendant que cette chose n'est réellement possédée *in bonis* par personne (6).

(1) Il est souvent parlé, dans les Pandectes, de l'action dite *pignoratitia in rem actio*, qu'on confond ordinairement avec l'*hypothecaria actio*, quoiqu'elle en soit fort différente. V. Grolmann et de Lober dans le *Civilistisches Magazin*, tome III, p. 129.

(2) Le mot *obligare debet*, employé dans l'*Obligatio prædiorum* (*Voyez* § IV), se rapportait peut-être à ce cas: cependant ce qui peut faire naître quelque doute à cet égard, c'est qu'une pareille convention préparatoire n'avait pas besoin d'être gravée *sur cuivre*, comme le monument entier dont nous parlons; cette formalité n'était nécessaire que pour l'acte accompli.

(3) *Fr.* 15. § 2. *D.* 20, 1..... *Ut effugiant periculum, quod solent pati, qui sæpius easdem res obligant.* Voyez aussi *fr.* 36, ou *f. D.* 13, 7, et *fr.* 3. *D.* 47, 20.

(4) Gai. p. 51, lig. 8. Ulp. 11, 27.

(5) *Voy.* le cas dans Gaj. p. 64, lig. 4, 13; et Ulp. 1, 16.

(6) Tel est, par exemple, le cas de l'esclave qui *in libertate moratur. Voyez* § 190.

§ CCIX. *Acquisition par ceux qu'on a sous* potestas, manus *ou* mancipium.

Le Pécule (*peculium*) d'un esclave est une chose si ordinaire maintenant, que, même dans Caton l'ancien, nous trouvons la désignation d'esclaves appelés *vicarii servi*, c'est-à-dire d'esclaves qui appartenaient au *peculium* d'un autre esclave. Si quelqu'un est propriétaire d'un esclave *ex jure Quiritium*, mais qu'un autre ait cet esclave *in bonis*, ce dernier acquiert par l'entremise de l'esclave. Lorsqu'au contraire on ne possède quelqu'un à titre d'esclave que de bonne foi (*bona fide*), ou qu'on n'a que l'usufruit d'un esclave d'autrui, on n'acquiert, par l'entremise de cet esclave, que les produits de son travail, ou que les donations qui lui sont faites par un tiers, en raison des services qu'il a pu procurer à ce tiers (1).

On peut aussi bien acquérir la propriété par ceux qu'on a *in manu*, ou *in mancipio*, que par ceux qu'on a *in potestate*; mais il est fort difficile de pouvoir employer ce mode d'acquisition.

(1) Ulp. 19, 20 et 21. *Voyez* ci-dessus, § CCVI.

§ CCX. *Influence des rapports de famille sur le droit de propriété.*

Ulp. 6. *De dotibus.* 7. *De jure donationum inter virum et uxorem.*

Dig. 23, 3. *De jure dotium.* 4. *De pactis dotalibus.* 23, 3. *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.*

Gajus, dans son aperçu scientifique du droit civil, ne traite point de l'influence des rapports de famille sur le droit de propriété. Ulpien au contraire s'en occupe en même temps qu'il examine celle du mariage sur le même droit.

L'influence de l'autorité paternelle n'a point encore subi de changement.

Mais nous trouvons la mention expresse de la dot (*dos*), parmi les modes d'acquérir qui dérivent du mariage. Il en est même parlé à propos de *in manum conventio*, et, autant qu'on peut le croire, de manière à laisser présumer que la femme, dans ce cas, se donnait elle-même en toute propriété à son mari (1). Il est en outre fait mention de certains délais, à l'expiration desquels la dot devait être remise au mari. On ignore qu'elle a été l'origine de ces délais, mais on sait positivement que, s'il s'agissait d'une somme d'argent, ils étaient exactement les mêmes que ceux fixés par la loi pour exiger du mari la restitution de cette même somme (2). Si la femme mourait après la pronon-

ciation du divorce, sans que son époux eût *été constitué en demeure* (*mora*), c'est-à-dire sans qu'on l'eût attaqué en restitution de la dot, l'héritier de la femme ne pouvait exiger de lui cette restitution (3). Cependant les modernes n'ont pas encore réussi à déterminer quels sont positivement les points de droit relatifs à la dot, dont l'introduction peut être attribuée à la Loi Julia *de maritandis ordinibus*. Mais j'ai eu précédemment occasion d'établir (§ CLXXXIV) que le mari avait déjà le droit d'opérer certaines retenues lorsqu'il restituait la dot. Nous ignorons si ces *reprises* (*receptitia*) dans le mariage, avaient lieu quand même il n'y aurait pas eu *in manus conventio;* toutefois il est permis de conjecturer, d'après les fausses interprétations qu'on ne tarda pas à donner de ces droits, qu'ils dérivaient d'une législation fort ancienne (4). Les donations entre époux n'étaient pas valables.

Quant à l'influence de la tutelle sur le droit de propriété, il en a été parlé plus haut (§ CCV et CCVIII).

(1) Cic. (*Pro Flacco* 34.....) *In manum, inquit, convenerat... Doti, inquit, Valeria pecuniam omnem suam dixerat.* Cependant ce passage ne saurait être considéré comme formant une preuve positive, car il se peut aussi que Cicéron se soit borné par là à poser les deux argumens de son adversaire; et parmi ces argumens il n'y eut que le second qui fut mis en avant, parce qu'on ne comptait pas beaucoup sur le premier.

(2) « D'après les lois des Romains, l'argent qui revient à « une femme, à titre de dot, doit être payé dans l'espace « d'un, deux ou trois ans, tandis qu'auparavant, suivant « leurs mœurs (*a*), les ustensiles de ménage doivent être « remis dans le délai de dix mois ». (POLYBE, 32, 13, édition de Schweighæuser). Niebuhr a cru apercevoir, dans le dernier membre de cette phrase, un exemple de l'année cyclique.

(3) ULP. 6, 7.

(4) Aulu-Gelle (17, 6) réfute une fausse opinion, qu'on trouve reproduite même dans Festus, celle qu'un esclave *receptitius* était la même chose qu'un esclave qu'on avait recouvré (*redhibitus*).

(*a*) Il n'est donc point dit ici νομος, quoique la traduction latine là plus nouvelle, s'exprime ainsi : *ex eadem lege*.

§ CCXI. HEREDITAS *et* BONORUM POSSESSIO.

Parmi les différentes manières d'acquérir une universalité de biens (*universitas*), il s'en offre à nous deux particulières, qui ont leur application en cas de mort; savoir l'Hérédité (*hereditas*, *hereditas justa* dans Varron; *voyez* ci-dessus § XCIII, note 1), et la Possession de biens (*bonorum*, ou *hereditatis possessio*), appelée aussi tout simplement *possessio*; *voyez* § CCII, note 1. L'*Hérédité* était l'ancienne manière légale reconnue comme rigoureusement romaine, et la seule aussi qui fût proprement considérée comme juridique (*ex jure civili*, ou *ipso jure*) (1), par laquelle on entrait dans la jouissance des biens

d'un citoyen romain. Le temps et la forme exigés pour l'exercice de ce mode étaient le plus souvent indéterminés, et les modifications introduites par le droit nouveau au commencement de la seconde période, n'avaient fait opérer à ce mode que fort peu de variations; enfin la faculté de l'exercer ne dépendait de la volonté d'aucun magistrat. Quant à la *Possession de biens*, elle constituait une manière nouvelle d'entrer dans la jouissance des biens laissés même par un individu qui n'était pas Romain (2). Ce mode fut créé d'abord par l'usage qui s'introduisit dans le tribunal du Préteur, et ensuite par l'Édit. Il était fondé sur la possession de fait (3), et il avait une analogie parfaite avec l'envoi en possession de biens qu'on accordait aux créanciers en cas d'insolvabilité de leur débiteur (4). Le temps et la forme de l'exercer étaient déterminés avec précision. Il continua de subsister malgré les changemens que le droit subit à la fin de cette période, et même malgré ceux qu'il éprouva pendant une grande partie de la suivante. Enfin c'était le magistrat qui en réglait l'exercice de même qu'il nommait à la tutelle ((§ LXXX). Il n'est pas bien prouvé qu'il existât également quelque différence entre ce mode et le précédent, en ce qu'il touchait le culte privé (*sacra*) (5). La distinction établie entre la propriété *ex jure Quiritium* et *in bonis* ne se rattachait pas non plus d'une manière telle-

ment intime à ces deux modes, que l'on pût dire par exemple que l'*Hérédité* seule pouvait avoir lieu dans le premier cas, et la *Possession de biens* dans le second seulement, quoique cependant la possession de biens ne procurât que le droit d'avoir la chose *in bonis*. Les jurisconsultes qui se soumettent à observer un ordre rigoureux dans l'exposition des maximes du droit, parlent à la vérité déjà de la possession de biens lorsqu'ils s'occupent de l'hérédité, mais ce n'est qu'après cette dernière qu'ils traitent spécialement de ce qui concerne la possession de biens, tandis qu'au contraire dans l'Édit, c'est l'ordre inverse qui est observé, et que *legitima hereditas* n'y vient qu'après *bonorum possessio*.

Ce qui augmente encore pour nous l'importance de la doctrine de *bonorum possessio*, c'est qu'à l'époque où furent rédigées les compilations de jurisprudence qui portent le nom de Justinien, on en faisait dans la pratique journalière une application bien plus fréquente que Justinien ne le permit après la promulgation de ses Novelles.

(1) § CLXXXIX, note 3.

(2) Ulpien (23, 6) dit seulement que pour la validité d'un testament il faut que le Romain testateur soit mort jouissant encore de la qualité de Romain; mais cela ne prouve pas que la *bonorum possessio* n'eût point lieu à l'égard de la fortune d'un individu qui n'était pas Romain.

(3) L'interdit appelé *interdictum quorum bonorum*, qu'on

cite comme un des avantages que procure la *bonorum possessio*, pourrait fort bien dater d'une époque plus récente. Du reste, il faut rapporter à la possession de biens non-seulement l'*in bonis est*, cité § CCVI d'après Cicéron, mais encore la doctrine tirée de Gajus, et suivant laquelle tout individu pouvait se mettre en possession d'une chose faisant partie de l'hérédité, et l'acquérir au bout d'un an, par l'usucapion appelée *pro herede*, toutes les fois que l'héritier véritable n'était point encore entré en possession de l'hérédité.

(4) L'on ne peut manquer de se rappeler l'envoi en possession (*bona possidere*) des créanciers, à l'occasion de la *bonorum possessio*, lorsqu'on fait attention d'une part au nom que Cicéron emploie pour les désigner, à l'endroit où il les cite tous deux ensemble comme l'un des objets de l'Édit (§ CLXXVIII, note 3), et de l'autre au § 8 (4). *Instit.* 3, 9 (10), où il est dit expressément : *Ne actiones creditorum differrentur..... et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit.*

(5) Biener *ad Heinecc. Inst.* § 690, note 1. *Sine sacris hereditas* était déjà une expression proverbiale du temps de Plaute.

§ CCXII. Hæreditas *en vertu d'un testament. Personne du testateur, et forme extérieure du testament.*

I. Il est naturel de penser que la loi s'occupait d'une manière immédiate de fixer l'ancienne distinction établie entre l'hérédité testamentaire, et celle qui n'a point lieu en vertu d'un testament (*ab intestat*).

Pour la validité d'un testament, il était néces-

saire, quant à la personne du testateur, que, si c'était une femme romaine, elle l'eût fait avec l'autorisation de son tuteur (*tutoris auctoritas*) (1). Sous ce rapport, il était infiniment plus agréable pour la femme d'avoir pour tuteur un étranger, que le plus proche de ses agnats, ou bien son patron, dont l'un comme l'autre était à la fois son tuteur légitime et son héritier *ab intestat;* en effet, un étranger était obligé de donner son consentement, même lorsque sa volonté ne l'y portait pas, tandis que les deux autres n'étaient pas forcés de consentir. Peut-être est-ce même déjà à cette époque que s'introduisit, en faveur des femmes, la faculté de tester dès l'âge de douze ans, quoique ce droit ne contribuât en rien à les affranchir de la tutelle, mais seulement à transformer la tutelle qui existait sur elles comme impubères, en tutelle sur une femme romaine. Le droit de cité n'était nullement exigé à leur égard (2). Un sourd, un muet, un individu en démence, un dissipateur, ne pouvaient pas tester. Un esclave de la classe de ceux appelés *servi publici populi Romani*, pouvait disposer de la moitié de son bien par testament (3).

Quant à la forme extérieure nécessaire pour qu'un testament pût transférer *hereditas* seulement, car elle était différente pour la *bonorum possessio*, cet acte n'avait encore lieu que *per æs et libram*, et toujours avec la double forma-

lité de la vente de la famille (*familiæ mancipatio*) et de celle accessoire dit (*nuncupatio testamenti*). Cette dernière s'appelait *testatio* dans le sens propre du mot. Le testament *in procinctu* était aboli. L'on ne doit plus sans doute supposer qu'on s'attachât encore à multiplier à dessein les difficultés du testament, uniquement dans le but d'empêcher les Plébéiens, ou au moins les affranchis, de jouir du bénéfice introduit par les douze Tables.

(1) Liv. 39, 9. Cet usage existait dès avant l'an 556 de Rome. Ulp. 20, 15.

(2) Il est certain qu'une femme latine pouvait tester, puisque, dans la suite, un certain Latinus Junianus inséra dans la Loi Junia norbana un article spécial, portant à leur égard interdiction de cette faculté. (Ulp. 20, 14). Un *déditice* (*dedititius*) ne pouvait pas tester, parce que, à proprement parler, il n'appartenait à aucun état dont il pût invoquer les lois pour régler la forme de son testament; *quoniam nullius certæ civitatis cives est* (*a*): *ut adversus* (*b*) *leges civitatis suæ testetur*. (*Ibid*).

(3) Ulp. 20, 16.

(*a*) Il n'y a pas de doute qu'on ne doive lire dans cette phrase, *cives est*, au lieu de *sciens*.

(*b*) Ce qui signifie ici *secundum*, comme 28, 1.

§ CCXIII. *Contenu du testament.*

L'institution d'héritier devait être textuellement écrite dans le testament, et non pas s'y trouver seu-

lement d'une manière implicite (1). On ne pouvait pas instituer une personne incertaine (*incerta persona* (mots dont l'inversion était admise) ni une ville municipale (*municipium*) ni un temple (*Deus*). On ne pouvait non plus instituer un individu non encore né, que dans le cas où celui-ci, après sa naissance, se serait trouvé sous la puissance paternelle du testateur, si ce dernier eût survécu (2); mais d'ailleurs peu importait qu'il fût ou non conçu à l'époque du testament. Nous ignorons jusqu'à quel point la Loi Voconia (§ CLXIX) déclarait sans valeur le testament dans lequel le testateur avait violé une des dispositions prescrites par cette loi, par exemple, celle qui défendait d'instituer une femme. Le testateur, mais seulement lorsqu'il était du sexe masculin, devait avoir égard à certaines personnes soumises à sa puissance ou à sa *manus*, afin que son testament ne fût pas dès l'origine, ou ne devînt pas avec le temps, entaché d'une nullité radicale. Sa conduite, en pareil cas, variait d'abord suivant le sexe de ces personnes, et ensuite suivant le degré de parenté, au moins juridique; c'est-à-dire par exemple que dans cette circonstance le fils se trouvait distingué non-seulement de la fille, mais encore du petit-fils du testateur. Il n'y avait que le fils qu'on fût obligé de déshériter nominativement, lorsqu'on ne l'instituait pas (3). A l'égard de toutes les autres personnes,

il suffisait, pour les déshériter, d'employer les expressions générales suivantes : CETERI EXHEREDES SUNTO, ce qu'on exprime aussi en disant qu'elles pouvaient être déshéritées *inter ceteros*; il fallait seulement, dans le cas où, après la mort du testateur, il lui serait survenu une fille (*postuma*) ou un neveu (*nepos postumus*), que la nature des legs indiquât que le testateur avait pensé à l'une ou à l'autre; la fille ou le neveu, dans le cas contraire, étaient comptés au nombre des héritiers institués (*scriptis heredibus adcrescunt*). Souvent la nullité (*nullum*) ou la rupture (*ruptum*) d'un testament procurait la *bonorum possessio* à d'autres que ceux en faveur desquels le testateur avait disposé. Il faut bien se garder de croire que l'examen de la question de savoir si le testament est juste (*justum*), c'est-à-dire s'il est conforme à la loi, soit exactement la même que celle de décider si lorsque d'ailleurs toutes les formalités prescrites par le droit civil ont été observées dans cet acte, les Centumvirs peuvent néanmoins en annuler les dispositions sur le fondement que le testateur, quelque soit son sexe, n'aurait pas dû, dans son âme et conscience, disposer de la manière qu'il l'a fait : cette appréciation se déterminait d'après les rapports de parenté qui existaient entre le testateur et la personne à laquelle il n'avait point pensé, comparés à ceux qu'il avait avec celle qu'il lui avait préférée.

Le résultat de cet examen et de cette comparaison pouvait être d'admettre que la volonté du testateur n'avait pas été mûrement réfléchie. Cette doctrine, appelée celle du testament inofficieux (*inofficiosum testamentum*), commença déjà à s'introduire dans le cours de la seconde période (4); mais l'on ne détermina d'une manière plus précise les principes qui s'y rapportent, que dans une période plus rapprochée de nous. Il est fort remarquable que Ulpien n'en dit pas un mot; on ne la trouve pas non plus, dans les Pandectes, à l'article du testament, mais à celui de la pétition d'hérédité (1).

(1) Ulp. 21. *Heres institui recte potest his verbis.* TITIUS HERES ESTO, TITIUS HERES SIT, TITIUM HEREDEM ESSE JUBEO. *Illa autem institutio, heredem instituo,* HEREDEM FACIO, *plerisque improbata est.*

(2) Ulp. 22, 19. *Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascuntur, ex jure civili.....*

(3) Le cas dont parle Cicéron (*de Orat.* 1, 38), celui dans lequel il s'élevait une contestation à cet égard, pouvait se présenter aussi à l'occasion d'un fils émancipé.

(4) Cicéron (*in Verr.* 1, 42) se sert déjà de ce terme, et cette doctrine paraît être plus ancienne que le droit Prétorien.

(5) Dig. 5, 2. *De inofficioso testamento.* Il en est parlé dans les Institutes (2, 18), après la doctrine sur l'invalidité du testament; mais ni Gajus ni Ulpien ne s'en occupent non plus au même endroit.

§ CCXIV. *Différence entre les héritiers.*

Un esclave était quelquefois institué par son maître, lorsque les dettes de celui-ci dépassaient sa fortune; cette institution pouvait être faite dans un double but, ou afin que les biens du testateur devinssent la possession de son esclave, et ne fussent pas occupés par ses créanciers, ce qui passait pour ignominieux à sa mémoire, ou afin d'assurer l'exécution de quelques autres de ses dispositions dernières, telles, par exemple, que celles qui avaient trait à la tutelle, etc.; l'esclave, dans ce cas, doit toujours et nécessairement devenir héritier (*heres necessarius*). Il n'en est pas de même de celui qui est soumis à la puissance paternelle du défunt, ou qui se trouve sous sa main (*suus heres*); celui-là maintenant a le droit de s'abstenir de la succession (1). Le faculté d'option qui est laissée à la disposition de tout autre héritier, est souvent déterminée d'une manière plus précise encore par cette circonstance que le défunt lui a donné le droit de déclarer verbalement, dans un laps de temps donné, s'il entendait se porter héritier (*cernere*, *cretio* : à peu près comme *certum* et comme *decernere*). La formule consacrée était : QUOD ou CUM ID, ou plus probablement QUANDO ME..... HEREDEM INSTITUIT, EAM HEREDITATEM ADEO CER-

NOQUE (2). Ce laps de temps se comptait, soit de suite, ou à partir de l'ouverture du testament (*certorum dierum*, ou *continua cretio*), soit à partir seulement du moment où l'héritier était instruit du legs fait en sa faveur, et se trouvait dès lors dans la possibilité de remplir la formalité exigée. C'est là ce que Gajus appelle *vulgaris cretio*, parce que c'était là en effet le mode le plus ordinaire. A défaut d'avoir fait cette déclaration, l'héritier tantôt perdait sa qualité, tantôt voyait se joindre à lui un cohéritier, et ce dernier pouvait se présenter toutes les fois que le testament n'excluait pas formellement le premier héritier dans ce cas, mais portait simplement que tel autre viendrait alors à sa place (*imperfecta cretio*) (3). On observa pendant quelque temps cette formalité d'une manière si rigoureuse, que celui qui administrait la succession en qualité d'héritier (*pro hærede*), sans avoir fait la crétion, perdait dès ce moment même le droit de la faire, quoiqu'il fût encore dans le délai (4). Il faut cependant qu'il y ait eu en outre, à l'égard de la crétion, quelque doctrine particulière, dont la connaissance n'est point parvenue jusqu'à nous (5). En effet, pourquoi cet usage tomba-t-il complétement en désuétude dans le cours de la quatrième période, et bien avant que l'introduction du bénéfice d'inventaire le rendît jusqu'à un certain point inutile? Pourquoi la crétion exi-

geait-elle absolument que l'héritier ne fût plus enfant (*infans*), lors même qu'il voulait la faire faire par son esclave? Enfin la crétion se rattachait-elle à cette autre doctrine suivant laquelle un esclave pouvait ne pas entrer dans la succession, quoique son maître le lui ordonnât (6)? Nous ignorons également quel rapport la crétion pouvait avoir avec le droit de délibérer (*jus deliberandi*), que la justice accordait maintenant à l'héritier, lorsque les créanciers venaient se faire connaître et s'immiscer dans les affaires de la succession (7). Suivant Gajus, le délai de plus de cent jours, qui était accordé en ce cas, pouvait être abrégé par le Préteur.

Outre la *substitution vulgaire* (*vulgaris substitutio*), qui avait souvent aussi quelque rapport à la crétion, on connaissait et l'on employait déjà, à cette époque, la *substitution pupillaire* (*pupillaris substitutio*, mots dont on n'admet pas l'inversion); mais rien ne déterminait encore d'une manière parfaite comment cette substitution entraînait avec elle, comme accessoire, la fortune même du père testateur (8).

(1) Ulp. 22, 24. ... *Jure prætorio suis et necessariis heredibus abstinere se à parentis hæreditate permittitur.*

(2) Ulpien (22, 28) dit que c'était là tout ce qui faisait partie de la crétion. La coutume prétendue, fort peu en rapport avec l'époque dont nous parlons, et que Cujas admet d'après un passage de Cicéron (*de Off.* 3, 19), a déjà

été rejetée avec raison par Schulting (*ad* Ulp. *loc cit.*)

(3) Ulpien ne connaissait pas l'expression contraire de ce mot, c'est-à-dire le terme technique de *perfecta cretio.*

(4) Gaj. p. 99, lig. 8.

(5) Pourquoi en effet les testateurs romains se seraient-ils donné sans cela tant de peine pour déterminer l'époque à laquelle l'héritier devait se déclarer, lorsqu'on voit cet usage cesser d'avoir lieu dans la suite, et qu'il n'est pas non plus de règle parmi nous, quoique certainement les testamens ne soient pas plus rares aujourd'hui qu'ils ne l'étaient à Rome? Il est difficile aussi de déterminer si l'expression de *libera cretio*, qu'on trouve dans Cicéron (*ad Attic.* 13, 46), est synonyme d'*imperfecta cretio* ou de *vulgaris cretio.* On trouve, dans le même auteur, *cretio simplex* (*Ibid.* 11, 12. *in fine*).

(6) *Fr.* 65. *pr. D.* 36., 1. et *c.* 3. *C.* 6, 24.

(7) Dig. 28, 8. *De jure deliberandi.* Dans le *fr.* 23, § 1 et 2. *D.* 28, 5, il est question d'un Édit du Préteur, qui fixait le temps avant lequel l'héritier devait s'être présenté.

(8) Les jurisconsultes ne s'acccordaient pas sur la question de savoir si la substitution pupillaire (*pupillaris substitutio*) pouvait également avoir lieu lorsque le testateur n'avait pas eu de fils, et où par conséquent cette substitution pouvait n'être qu'une substitution vulgaire (*vulgaris substitutio*). Cic. *de Or.* 1, 39 et 57. *Brut. c.* 52.

Inst. 2, 16. *De pupillari substitutione.* Dig. 28, 6. *De vulgari et pupillari substitutione.*

§ CCXV. *Annulation d'un testament.*

Les cas dans lesquels un testament, valable dans son origine, perdait ensuite toute sa force, sont rangés par Ulpien sous deux chefs principaux,

désignés par les expressions techniques de *ruptum* et d'*irritum*. Un testament était *rompu* (*ruptum*), soit par un testament postérieur en date, soit par l'une ou l'autre des nombreuses manières d'après lesquelles il pouvait survenir au testateur un héritier sien, auquel il n'avait pas songé. Ces manières étaient la naissance, l'adoption, l'*in manum conventio*, la substitution à un autre héritier sien qui venait avant lui, et l'affranchissement du fils, après sa première et sa seconde ventes (§ LXXVI, note 2) (1). Il était *annulé* (*irritum*), soit par la diminution de tête du testateur, soit parce qu'il ne se trouvait aucun héritier pour recueillir. Du reste les jurisconsultes font déjà remarquer qu'un testament invalidé de cette manière, selon le droit civil, peut cependant être suffisant pour engendrer la possession de biens conforme au testament (*secundum tabulas bonorum possessio*) (2).

(1) On aurait certainement pu faire aussi mention du *postliminium* du fils.

(2) Ulp. 23, 1, 4.

§ CCXVI. *Espèces de legs.*

On appelle *legs* les dispositions qu'on inscrit dans le testament à la suite de la dation de l'hérédité (*hæreditas ex testamento*), par la raison que c'est sur cette hérédité qu'ils reposent, et

qu'ils ne viennent qu'après elle (1). Les legs sont de plusieurs espèces : ainsi on distingue, 1° les legs qui procurent par eux-mêmes au légataire la propriété romaine (*ex jure Quiritium*), pourvu toutefois que cette propriété réside entre les mains du testateur à l'époque où il écrit le testament, et non pas uniquement à l'époque de sa mort ; tel est au moins le principe posé par la *Catoniana regula*. Il n'y avait d'exceptions que pour les objets déterminés seulement par leur poids, leur nombre et leur mesure ; il suffisait alors que le testateur en eût la propriété romaine simplement au moment de sa mort. Cette classe se nommait *per vindicationem* ou *vindicationis legatum*, et c'est à elle que se rapporte l'expression générale, DO, LEGO ; 2° les legs qui n'assurent au légataire qu'une obligation, mais une obligation tout aussi efficace que s'il était déjà intervenu un jugement à ce sujet : cette classe est appelée *per damnationem* ; 3° ceux en vertu desquels les héritiers doivent *laisser prendre* quelque chose au légataire : cette classe se nomme *sinendi modo* ; 4° enfin, les legs qui donnent à l'un des héritiers le droit de prendre quelque chose avant d'entrer en partage avec les autres : on désigne cette classe sous le nom de *per præceptionem*. La différence reconnue qui existait entre les deux premières espèces de legs déterminait également celle des droits à exercer

par chaque héritier lorsque le même objet se trouvait légué à plusieurs personnes, simultanément, et il en résultait que, dans ce cas, ou tous les légataires, ou un seul d'entre eux recevaient réellement la valeur du legs. Il se pouvait aussi que le testateur, en instituant plusieurs légataires, les eût désignés de manière qu'ils fussent nommés immédiatement à la suite les uns des autres, sans qu'il fût dit formellement que la chose devait appartenir à l'un d'eux seulement : c'était là ce qu'on désignait par l'expression *si duobus eadem res conjunctim legata est;* ou bien, suivant celle qu'on trouve dans les Pandectes, le cas où les légataires sont *re et verbis conjuncti.* Dans ce cas il était constant que la chose n'avait point été donnée plusieurs fois, quoique plusieurs légataires eussent acquis des droits égaux à son égard, et qu'il fallût qu'ils la partageassent entre eux. Mais si l'un d'eux venait à défaillir, l'on distinguait, suivant les différentes espèces des legs, ce que sa part devenait. Elle revenait aux autres légataires dans le legs *per vindicationem*, tandis qu'elle retournait à l'héritier dans celui *per damnationem*, de sorte qu'en cette dernière hypothèse, l'héritier n'était pas obligé de payer le legs tout entier. Il n'en était pas de même lorsque l'objet avait été légué en entier à chaque légataire, sans que le testateur, en parlant de l'un, eût fait mention de l'autre : c'était là ce qu'on

appelait faire des legs *disjunctim*, ou, suivant une autre expression, c'était là le cas dans lequel les légataires étaient seulement *re conjuncti*. Lorsque le legs était *per damnationem*, chacun des légataires recevait l'objet légué, tout entier, alors même que l'un d'entre eux en avait déjà reçu un semblable : *singulis in solidum debetur*, disaient les jurisconsultes romains ; ce qui toutefois ne doit pas être pris comme identiquement semblable au cas où il y avait solidarité (*plures rei*). Nous ne savons pas précisément si, dans le même cas, une semblable décision était applicable à l'égard du legs *per vindicationem*, parce qu'à cet endroit du manuscrit d'Ulpien, il manque une ligne à la fin d'une des pages, et que d'ailleurs ce jurisconsulte, en traitant séparément des diverses espèces de legs, ne parle point des cas où des légataires sont appelés seulement *verbis conjuncti*, c'est-à-dire ceux auxquels il revenait à chacun une portion de la chose qui leur avait été léguée en commun. La différence du legs était également prise pour base lorsqu'il s'agissait de décider auquel, de l'héritier ou du légataire, appartenait le choix de déterminer l'espèce à prendre (*species*) parmi différentes choses léguées, lorsque cette option n'avait pas été déterminée par le testateur lui-même (*optio legata*). Il n'est pas facile de concevoir comment le choix d'un es-

clave entre plusieurs pouvait avoir quelque importance particulière.

(1) Ulp. 24, 15. *Ante hæredis institutionem legari non potest, quoniam et potestas testamenti ab hæredis institutione incipit.* Ulpien ne dit pas ce qui arrivait lorsqu'un legs se trouvait inscrit entre deux institutions d'héritiers; quoiqu'il parle des affranchissemens intercalés entre deux dispositions de cette dernière nature (1, 21). C'est ici probablement que se rapporte le passage de Paul (3, 6. § 3. A.), qui d'ailleurs se lie en effet parfaitement avec les paragraphes précédens. *Voyez* à ce sujet, comme aussi sur la doctrine des legs laissés à plusieurs personnes, et sur celle du *legs pénal* (*pœnæ nomine legare*); les *Observationes juris Romani* de M. le Professeur Gœschen (Berlin, 1812, *in*-8°.).

(2) C'est ainsi qu'on interprète ordinairement le *servi optio*, dont il est parlé dans le *fr.* 77. *D.* 50, 17.

§ CCXVII. *Autres points de la doctrine des legs.*

Suivant la *Catoniana regula*, dont j'ai déjà parlé, mais qu'au reste Ulpien ne cite même pas, il est nécessaire que dès le principe toutes les formalités voulues pour assurer la validité d'un legs, aient été remplies, par la raison que, quelque modification ou amélioration subséquente qui ait pu être apportée aux circonstances qui le concernent, il est impossible que ces modifications fassent diparaître les vices originels dont ce legs est entaché.

Il n'y a que l'héritier qui puisse être grevé

d'un legs, et ce n'est tout au plus qu'autant que le testateur en a fait une condition formelle, qu'il est possible qu'il ne soit obligé de l'acquitter qu'au moment de sa mort. Il n'est pas permis d'imposer une semblable obligation à des successeurs plus éloignés que les successeurs immédiats, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible d'en grever l'héritier de son héritier. Il est fort douteux que la doctrine du legs *à titre de punition* (*pœnæ causa legare*), subsistât encore à cette époque. On ne peut point léguer à une personne indéterminée; mais une fausse désignation ou une fausse cause ne nuisent point à la validité du legs. On ne peut pas non plus imposer l'obligation d'un legs à un légataire. Un legs peut renfermer aussi la dation d'une portion aliquote de la succession, ce qui s'appelle *partitio*; et alors il faut avoir soin, par des stipulations particulières faites entre le légataire et l'héritier, (*per partes et pro parte stipulationes*), que ce dernier ne puisse recueillir ou ne soit pas obligé de payer au delà de son droit, parce qu'en effet les débiteurs et les créanciers de la succession ne sont pas censés connaître ce légataire partiaire (*legatarius partiarius*) (1), et n'ont aucun rapport avec lui. A la mort du légataire, le legs fait en sa faveur, passe à ses héritiers. La Loi Furia et la Loi Voconia (§ CLXIX) ne fixaient que la grandeur du legs, et il est présumable qu'elles étaient assez mal ob-

servées. Celui qui parvient à faire casser un testament, afin d'ailleurs d'acquérir et de conserver l'hérédité, est tenu d'acquitter les legs faits dans ce testament (2). L'on voit déjà beaucoup de fidéicommis, d'après lesquels on est tenu de *restituer* (*restituere*) une chose, mais non pas de la *rendre*, car *restituere* ne signifie pas plus *rendre*, que le mot *reddere* dans l'expression *litteras reddere*. Les codicilles ne sont pas rares non plus; cependant ni les fidéicommis, ni les codicilles ne sont encore considérés comme des actes légaux, c'est-à-dire engendrant une action au profit de celui qu'ils concernent.

(1) Ulpien complète (25, 5) ce qu'il avait laissé imparfait plus haut (24, 25).

(2) Dig. 29, 4. *Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hæreditatem.*

§ CCXVIII. Legitima hæreditas.

L'hérédité légitime (*legitima hæreditas*) n'a subi aucun changement, si ce n'est cependant qu'on fait une distinction entre les agnats, suivant qu'ils sont ou les plus proches parens du défunt, c'est-à-dire au second degré (*consanguinei*) (1), ou plus éloignés (*agnati* tout simplement). Ce n'est plus aussi qu'à l'égard des premiers qu'on cesse maintenant de faire attention au sexe des héritiers; car, parmi les seconds, les

femmes se trouvent exclues, ce qui semble être une conséquence de la loi Voconia (§ CLXIX, note 1). Il paraît que la gentilité, ou du moins ce qu'on appelait encore ainsi, était déjà une chose fort rare à cette époque; car le droit de succession du patron et de ses enfans sur les affranchis eux-mêmes, soit que ce patron fût d'ailleurs Patricien ou Plébéien, était entièrement tombé en désuétude. Nous ignorons à quelle espèce de patronat l'on peut assimiler le droit appelé *applicatio*, dont nous ne connaissons au reste qu'un seul exemple (2).

(1) L'emploi de ce nom de *consanguinei* me semble très-convenable en ce que, comme, d'après l'opinion commune, on doit une portion de son sang à son père et une autre portion à sa mère, il est donc impossible de trouver deux personnes dont le sang soit plus identique que celui de deux enfans du même lit; or, c'est là le cas le plus ordinaire pour les *consanguinei*, quoique cependant ils ne s'y trouvent pas toujours (*Civilistisches Magazin*, tom. IV, p. 246.).

(2) Cic. *de Or.* 1, 39.

§ CCXIX. Bonorum possessio.

Gaji. *Inst.* p. 130. 135; mais dont il a beaucoup de passages qu'on ne peut pas lire.

Ulp. 28. *De possessionibus dandis.* 29. *De bonis libertorum.*

Inst. 3, 9. (10). *De bonorum possessionibus.*

Dig. 37 et 38.

II. La Possession de biens (*bonorum possessio*) suit aussi les principes de la division fondamentale, établie sur l'existence ou la non-existence d'un testament. Cependant il se peut que, dans le cas où il y a lieu à la possession de biens, et au fond comme aussi en certains cas où il y a lieu à l'hérédité (*hæreditas*) (§ CCXIII), il y ait encore certaines personnes jouissant du droit *ab intestato*, qui passent avant le testament. Il résulte donc de là trois sortes de *Possessio bonorum*, dont l'ordre respectif n'est rien moins qu'arbitraire; savoir: 1° *Contra Tabulas*, appelée aussi *contra lignum*, *contra nuncupationem*, *contra voluntatem*; 2° *Secundum Tabulas*, ou aussi *juxta* et *adversus Tabulas*, si toutefois le copiste du manuscrit que nous possédons d'Ulpien n'a pas passé une ligne; 3° enfin *Intestato* (1). Chacune de ces trois espèces en comprend plusieurs autres, savoir: d'abord 1° celles qui existaient déjà dans l'ancien droit; c'est à l'égard de celles-là qu'on établissait le

principe que la *bonorum possessio* n'était introduite que *confirmandi juris civilis gratia*, et c'est par conséquent aussi dans celles-là que le Préteur vient *au secours* du droit civil (*adjuvat*) (2), suivant l'expression employée par Papinien (*voyez* ci-dessus § CLXXVIII, note 5); 2° celles dont il n'était point encore question dans l'ancien droit; c'est à l'égard de ces dernières que la *bonorum possessio* était sensée introduite *emendandi* ou *impurgandi juris civilis gratia* (3). Il est probable que la possession de biens n'était accordée d'abord, en pareil cas, que suivant la demande formée et discutée (*causa cognita*), mais qu'avec le temps elle finit par être établie d'une manière formelle dans l'Édit, en telle sorte que c'est là le cas où le Préteur *supplée* et *corrige* le Droit civil (*supplet* et *corrigit*).

(1) Heineccius traite, dans le § 719 de ses Institutes, de la *bonorum possessio secundum Tabulas*, et, dans le § 720 de celle *contra Tabulas*. Mais Hœpfner a rectifié sur quelques points ce qu'il dit à cet égard.

(2) Heineccius, dans ses Antiquités (3, 10. § 2), définit la *bonorum possessio*, une *hæreditas, personis quibusdam, jure civili inhabilibus, edicto arbitrioque Prætoris delata.* M. de Lœhr, au contraire, fait dériver toute *bonorum possessio* du principe que l'héritier devait avoir la possession (*Magazin fuer Rechtswissenschaft*, c'est-à-dire *Magazin pour la jurisprudence*, tom. III, cahiers 2 et 3).

(3) Ce sont les expressions employées dans les Institutes, où toutes deux semblent s'appliquer en même temps au cas

où un enfant posthume n'appartenant pas au testateur (*alienus posthumus*) se trouverait institué. Théophile, en parlant de ce cas, dit, au contraire, que le Préteur *rectifie* (διορθοῦται) le droit civil, et il distingue ce cas de celui où le Préteur agit d'une manière contraire au droit civil, c'est-à-dire *le contredit* (ἐναντιοῦται), par exemple, lorsqu'il s'agit du patron, lequel ne doit pas être oublié dans le testament de son affranchi. Mais le mot *supplere*, que j'ai cité dans le § 178, note 5, convient également à différens autres cas, dans lesquels la possession de biens portait un dommage, mais non pas comme Koch le prétend faussement, ni au trésor public (*ærarium*), puisque celui-ci n'avait point encore de droit sur les biens vacans, délaissés par un défunt (*bona vacantia*), ni aux *gentiles*, car ceux-ci, en leur qualité d'héritiers légitimes, passaient avant celui qui n'était institué que par le Préteur : elle ne portait quelque dommage qu'à ceux seulement qui prétendaient pouvoir s'arroger une succession sans avoir le titre d'héritiers. Au surplus, le droit civil, pendant la période dont nous parlons, pouvait d'autant mieux subsister tel qu'il était, sans subir aucune modification à cet égard, que la doctrine de la *bonorum possessio* ne faisait encore que commencer à se développer.

§ CCXX. *Les hommes nés libres ou les affranchis.*

La nécessité d'avoir égard au patron, à l'égard de la succession d'un affranchi, rend la doctrine de la *bonorum possessio* beaucoup plus compliquée qu'elle ne le serait sans cette circonstance, d'autant plus que l'Édit, et par conséquent aussi les Pandectes, traitent des travaux dus par les

affranchis (*opera libertorum*) à cette même occasion. On peut cependant la simplifier beaucoup, en adoptant la marche suivie par Ulpien, et, jusqu'à un certain point aussi, par les Institutes, c'est-à-dire en traitant d'abord de la *bonorum possessio* en général, puis ensuite des biens des affranchis (*bona libertorum*). Cependant cette division n'est pas d'une nécessité absolue.

§ CCXXI. A. Bonorum possessio *sans patronat.*

1° Contra tabulas.

Dig. 37., 4. *De bonorum possessione contra Tabulas.* 5. *De legatis præstandis contra Tabulas bonorum possessione petita.* 6. *De collatione.* 7. *De dotis collatione.*

La *bonorum possessio* se présente à nous de la manière suivante lorsqu'on ne veut point avoir égard au patron. Elle est offerte (*contra Tabulas*), c'est-à-dire qu'elle existe et peut être demandée au profit de tous les enfans *prétérits* ou passés sous silence (*prœteritis liberis*); dans cette classe nous trouvons tous ceux qui sont soumis à la puissance paternelle, ou placés *in manus*, lorsqu'ils ne sont ni institués, ni déshérités (1) d'une manière régulière; et principalement lorsqu'ils ne l'ont pas été pour le degré auquel ils se présentent (*ab eo gradu*) (2). Ainsi, nous remarquons dans cette catégorie les enfans ou petits-enfans, lorsqu'ils sont

consanguins, lorsqu'ils ont été soumis à l'autorité paternelle et par conséquent qu'ils sont héritiers siens, enfin lorsqu'ils ont été émancipés. Nous y trouvons également la femme et la belle-sœur mariées avec *in manum conventio*. Mais nous y chercherions en vain les enfans qui ont été donnés en adoption; ou qui sont passés dans une famille étrangère par arrogation ou par *in manum conventio*, et qui s'y trouvent encore (un seul cas excepté). Quant aux enfans institués, ou, pour mieux dire, quant aux personnes libres, instituées héritières, et qui se trouvent encore sous la puissance paternelle ou sous la main du testateur à l'époque de sa mort, ainsi que celles qui n'en sont sorties que par une simple émancipation, elles ne peuvent point obtenir en leur nom cette *bonorum possessio*; elles n'y peuvent parvenir que du chef d'un autre (*commisso per alium edicto*). Mais alors le fils qui se trouve appartenir de plus à une autre famille en vertu d'une adoption (*in adoptiva familia est*), l'obtient aussi lorsque son père naturel l'a institué héritier; et il est probable qu'il en est de même à l'égard de la fille qui se trouve aussi dans une famille étrangère en vertu d'une *in manum conventio*, quoique, pour des motifs faciles à prévoir, il ne soit pas fait mention de cette circonstance dans le *Corpus juris*. La *bonorum possessio* est plus avantageuse aussi que le testament aux

institués, parce qu'on n'est obligé de payer que les legs faits à certaines personnes seulement (§ CLXIX, note 2, *exceptœ personœ*, sans doute point *conjunctœ*). Parmi les personnes comprises dans cette classe exceptée, se rangent la femme et la belle-sœur, mais nous ignorons si on les y comprenait également lorsqu'elles n'étaient point *in manus*. Cependant si le testament est nul, tous les legs sont regardés comme non avenus. Dans l'espèce de *bonorum possessio* dont nous parlons, le fils émancipé qui l'obtient est obligé de faire part des biens qu'il recueille à ceux de ses frères qui sont encore soumis à la puissance paternelle, mais non pas à ceux qui sont émancipés comme lui, c'est-à-dire qu'il est forcé de renoncer, en faveur des premiers, à tous les bénéfices résultans de son émancipation (3). Il est inutile d'ajouter ici que la possession de biens ne peut naturellement se présenter que quand le défunt est du sexe masculin.

(1) Ceux des jurisconsultes qui n'ont que des notions bornées sur la *bonorum possessio* font une attention toute particulière à celle qui est accordée aux individus déshérités, et dont il est parlé dans le *fr.* 6. § 2, ainsi dans les *fr.* 7 et 8. *pr. D.* § 2, et qui s'appelle, dans ce dernier endroit, *litis ordinandœ gratia*; cependant ce n'est point là une espèce particulière, elle ne peut être autre chose qu'une *ab intestato bonorum possessio*, et en outre il n'en est pas dit un seul mot dans les fragmens d'Ulpien, non plus que dans le titre de Institutes.

(2) *Fr.* 8. *D.* 37, 4.

(3) Le rapport de la dot (*collatio dotis*), qui a lieu aussi sans qu'il y ait *bonorum possessio*, est une chose tout-à-fait différente de cette renonciation, quoique dans l'Édit il en soit parlé à l'occasion de celle-ci.

§ CCXXII. 2° SECUNDUM TABULAS.

DIG. 37, 11. *De bonorum possessionibus secundum tabulas.*

La *bonorum possessio* est acquise *secundum Tabulas* à celui qui se trouve institué dans un testament auquel il manque, pour être parfaitement régulier, quelqu'une des formalités, soit extérieures, soit intérieures : néanmoins il faut, dans ce même cas, que le testament ait été laissé par un testateur ayant la capacité de faire un acte de dernière volonté valide (1), que l'original écrit en existe encore, et enfin qu'il porte les cachets de tous les témoins exigés par la loi (2), et dont le nombre, dans la suite, fut généralement fixé à sept. Quand bien même un pareil testament se trouvait annulé par l'omission d'un héritier sien, ou rompu (*ruptum*) par celle d'un posthume, son annulation n'empêchait pas l'espèce de *bonorum possessio* dont nous parlons d'avoir lieu, et réciproquement celle-ci n'empêchait pas non plus que, si le testateur avait un fils qui lui eût survécu, une *bonorum possessio*, préférable à celle-ci, ne lui fût offerte (§ CCXXI), et qu'ainsi ce

dernier, en sa qualité d'héritier légitime, pût entrer sur-le-champ en jouissance de la fortune, sans avoir même besoin d'accepter cette possession. Il était en outre permis d'accorder cette succession prétorienne à l'enfant posthume qui n'appartenait pas au testateur, et qui avait été institué par lui (*extraneus postumus*) (§ CCXIX, note 3). C'était également par son secours qu'un individu institué héritier sans condition, entrait en jouissance avant que la condition fût remplie. Il paraît que, dans cette *bonorum possessio*, on n'avait point égard à l'exclusion de toute succession testamentaire prononcée contre les femmes par la Loi VOCONIA. Lorsqu'il existait deux testamens, dont on ignorait la date, en telle sorte qu'on ne pouvait déterminer quel était le plus ancien, on leur accordait par cette possession à tous deux une égale valeur, et on les considérait comme n'en formant qu'un seul.

Mais, ainsi que la découverte du manuscrit de Gajus (3) est venue nous l'apprendre d'une manière tout-à-fait inopinée, l'usage avait apporté à cette *bonorum possessio* une restriction qui se maintint encore pendant la plus grande partie de la période suivante, et dont le but était d'en interdire l'usage contre un héritier légitime (*legitimus heres*).

Enfin il paraît encore qu'un testament main-

tenu par cette *bonorum possessio*, n'était pas cependant par cela seul considéré comme valable en ce qui touchait les dispositions relatives aux affranchissemens, aux adoptions et aux tutelles.

(1) Nous devons rapporter ici le passage de Cicéron (Top. 4.): *Si ea mulier testamentum fecit, quæ se capite numquam diminuit, non videtur ex edicto prætoris secundum eas tabulas possessio dari*, cela même quand il s'agissait d'un *servus*, d'un *exul* ou d'un *puerulus*. Ernesti a donné une explication tout-à-fait fausse de ce passage. D'après Gajus, il semblerait indiquer que la femme romaine qui se soumettait elle-même à subir une diminution de tête (*quæ se capite diminuit*), n'avait pas toujours besoin de tuteur.

(2) NON MINUS MULTIS SIGNIS, QUAM E LEGE OPORTEAT, sont les mots de l'Édit (*Edictum tralatitium*), qu'on trouve dans Cicéron (*in Verr.* I, 45.) Il est probable que l'Édit n'énonçait ce principe d'une manière aussi générale, c'est-à-dire qu'il ne désignait pas le nombre précis des cachets, qu'afin uniquement que ce principe pût s'appliquer à toutes les coutumes locales (*leges municipales*, *leges ejus civitatis*) usitées dans certaines villes, et dans lesquelles on avait peut-être admis à cet égard le principe exprimé par le Droit français, dans la maxime *locus regit actum*. J'ai prouvé plus haut (§ 179, n° 4), que c'était mal interpréter le § 2, *Inst.* 2, 10, que d'en conclure que l'usage d'apposer les cachets avait été introduit par le Préteur. Au reste, nous ne saurions dire bien positivement quelle est l'origine de ce nombre SEPT, qu'on retrouve aussi plus tard dans l'*hereditas*; car évidemment le *libripens* et les cinq témoins ne formaient que *six personnes*, et le *familiæ emtor* ne pouvait pas plus être compté comme un *septième* témoin, qu'il n'était possible

de compter pour tel le testateur lui-même, ni à plus forte raison, l'*antestatus*, dont la présence n'était nullement nécessaire.

(3) P. 83, lig. et suiv.

§ CCXXIII. 3° Intestati bonorum possessio.

Inst. 3, 5. *De successione cognatorum.*

Dig. 38, 6. *Si tabulæ testamenti nullæ extabunt.* (7) *Unde liberi.* 7. (8). *Unde legitimi.* 8. (9). *Unde cognati.* 10. (11). *De gradibus et affinibus et nominibus eorum.* 11. (12). *Unde vir et uxor.*

Quand un individu autre qu'un affranchi venait à mourir, la loi appelait l'une après l'autre quatre classes différentes de personnes (*gradus*, en sous-entendant *bonorum possessionis*). Toutes ces personnes sont désignées avec la proposition *unde* placée en tête de leur nom générique, ce qui est une abréviation de cette phrase *ea pars edicti unde.... vocantur, etc.* Ces classes sont :

1° *Unde* liberi, c'est-à-dire ceux précisément qui se seraient présentés *contra tabulas*, si le défunt avait fait un testament dans lequel il aurait omis de les mentionner. Mais, dans ce cas, il faut que le défunt soit du sexe masculin, et il y a aussi lieu à rapport (*collatio*).

2° *Unde* legitimi (*tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset*). Cette *bonorum possessio* n'est évidemment qu'une confir-

mation ou une conséquence dérivant du droit civil, et elle prouve clairement que la possession de biens diffère beaucoup de l'hérédité. L'Édit y appelle tous ceux qui seraient appelés à l'hérédité, en qualité de *sui*, *consanguinei*, *agnati* et *gentiles*. Seulement les avis étaient partagés sur la question de savoir s'il fallait aussi appliquer à ce cas la maxime : *in legitimis hereditatibus non est successio* (2).

3° *Unde* COGNATI, on peut entendre par-là les *consanguins*, mais si les *sui* et les agnats ne sont pas consanguins, ils sont au moins *cognats*, par exemple par suite d'une adoption; néanmoins ils ne conservent cette qualité que tant qu'ils ne sont pas émancipés (3). La naissance hors le mariage concourt aussi bien que celle dans le mariage même à établir la parenté, soit avec la mère, soit par la mère. En général on ne faisait point de différence entre la parenté simple et la parenté double, c'est-à-dire entre les enfans d'un même lit et ceux de deux lits différens. Ainsi, la classe dont nous parlons comprenait, 1° le père; 2° la mère, lors même qu'elle n'avait point été *in manu*, et que par conséquent elle n'était pas considérée comme *consanguinea* de son enfant; 3° les enfans émancipés du sexe féminin; 4° les enfans de tout sexe, à l'égard de la succession de la mère; 5° la femme *in manu*; 6° les agnats, soit au premier, soit au second degré, etc., quand ces der-

niers étaient aussi des parens consanguins; 7° les agnates; 8° les parens par les femmes, et ceux-ci les uns après les autres, c'est-à-dire dans leur ordre ordinaire de succession, savoir, d'abord les ascendans (*superior linea* ou *ordo*), ensuite les descendans (*inferior linea*), et enfin les parens collatéraux (*transversa linea*, ou *ex transverso*, ou *a latere*). A l'égard de ces derniers, il n'y avait d'autre règle que la proximité du degré, et c'est à cette occasion que les anciens jurisconsultes romains en font mention, parce qu'il exerçait ici une influence beaucoup plus importante que celle qu'il avait sur le mariage. Ce n'était pas non plus le plus proche seulement parmi les parens faisant parties de cette classe que la loi appelait, mais c'était, sans distinction, le plus proche de ceux qui voulaient se présenter. Cependant cette *bonorum possessio* était bornée au sixième, et, dans un cas seulement, au septième degré (4), probablement en vertu d'une ancienne loi, qui peut-être est la Loi Furia.

4° *Unde* VIR ET UXOR, même sans qu'il y ait eu *in manum conventio*. Cette *bonorum possessio* n'était point, à la vérité, *contra tabulas* (5).

(1) Quelques jurisconsultes prétendent que les héritiers siens (*sui*) ne comptaient pas parmi les héritiers légitimes (*legitimi heredes*), en leur qualité même d'héritiers siens, mais bien comme agnats (*agnati*). Cependant on ne peut disconvenir qu'ils ne fussent aussi héritiers légitimes en

vertu de leur seul titre d'héritiers siens (*sui*). Il arrive souvent, en effet, dans toutes les langues des sciences, et par conséquent aussi dans celle du Droit romain, de désigner nominativement certaines choses avant d'autres, qui cependant devraient passer les premières; et c'est ainsi que les héritiers siens n'ont été désignés qu'après les héritiers légitimes, qui ne sont pas héritiers siens.

(2) Gaj. Pag. 151, lig. 18.

(3) *Fr.* 1 § 4. *D.* 38, 8. (9).

(4) *Ex sobrino sobrinaque natus natave;* ceci par conséquent avait lieu quand le défunt était éloigné de trois degrés, et le *bonorum possessor* de quatre degrés du père, souche commune de la famille, mais non pas lorsque le défunt était éloigné de quatre, et l'autre de deux degrés, ou bien l'un de deux et l'autre de cinq degrés: non plus enfin lorsque l'un n'était éloigné que d'un seul degré, tandis que l'autre l'était de six. Cette explication ne se trouve ni dans la table généalogique ancienne, qui fait partie des Institutes, de l'édition de Cujas, ni dans les dictionaires latins ordinaires. Il n'était pas nécessaire que ce fussent précisément des descendans de deux sœurs, et sans doute le mot *sobrinoque* signifiait ici la même chose que *sobrinave*, en telle sorte que la différence de la particule copulative n'autorise point à admettre qu'une double parenté fût nécessaire dans ce cas. Au reste, nous ignorons comment cette restriction prit naissance. Ulpien n'en parle point du tout à cette occasion, il n'en fait mention que quand il traite des *cognati manumissoris*.

(5) *Civilistisches Magazin*, tom I, p. 260. (92.)

§ CCXXIV. B. Bonorum possessio *avec patronat.*

Gaji *Instit.* p. 135.
Ulp. 29. *De bonis libertorum.*
Inst. 3, 7. (8.) *De successione libertorum.*
Dig. 37, 12. *Si a parente quis manumissus sit.* 14. *De jure patronatus.* 15. *De obsequiis parentibus et patronis præstandis.* 38, 1. *De operis libertorum.* 38, 2. *De bonis libertorum.*

Lorsque le défunt était un affranchi, le droit anciennement dévolu à son patron, lequel toutefois ne se présentait qu'à défaut de testament et d'héritier sien, avait subi la modification que nous allons voir, et qui fut introduite par le droit coutumier.

Le patron avait droit à une *bonorum possessio* sur la moitié des biens de son affranchi, lorsque le testament de celui-ci instituait un autre que l'enfant propre du testateur : cette possession était donc de fait *contra tabulas*, quoique cependant le patron ne vînt pas avant l'héritier institué, mais concurremment avec lui (*secundum tabulas bonorum possessio*). Ce droit était également dévolu au patron toutes les fois que, l'affranchi étant mort sans testament, il se présentait à sa succession, non pas un enfant propre, mais seulement un autre héritier sien. En ce cas elle avait lieu *contra suum*, et en même temps que l'*unde* liberi *bonorum possessio.* Cette extension

du droit de patronat (*impugnandi juris civilis causa*) paraît avoir pris sa source dans cette espèce de société (1) qu'on supposait avoir existé entre le ci-devant maître et le ci-devant esclave, société dont la prétendue existence n'avait pas d'effet contre les enfans propres de ce dernier, mais qui en produisait soit contre le testament, soit contre l'adoption, soit enfin contre une femme *in manu*, du chef de laquelle un héritier sien se présentait à la succession de l'affranchi. Aucun de ces trois cas n'avait lieu à l'égard du patron, lorsqu'il s'agissait d'une affranchie (§ CCXII).

Si l'affranchi avait été libre au moment de sa naissance (*liberum caput*), mais qu'il eût été seulement affranchi, au sortir de la puissance paternelle, par un autre que son père, tous ses parens au premier et au second degrés, c'est-à-dire environ une dixaine de personnes (*unde decem personæ*), quoiqu'il pût y en avoir un bien grand nombre, passaient avant que le patron appelé en ce cas (*extraneus manumissor*) pût exercer les droits que lui conférait la loi (2). C'était là sans doute une grande restriction apportée au droit de patronat; mais cette restriction s'appliquait à un cas où, surtout dans le temps dont nous parlons, on n'exerçait plus ce droit dans toute sa rigueur.

Après les cognats de l'affranchi défunt venaient les agnats de son patron (*tum quem ex familia*,

et non *tum qua ex familia*, non plus que *tanquam*), puis le patron du patron (3), enfin l'*unde* VIR ET UXOR *bonorum possessio*, c'est-à-dire tout-à-fait en dernier lieu les cognats du patron jusqu'à un certain degré, et c'est à l'occasion de ce degré qu'Ulpien cite la Loi FURIA. Ces diverses espèces de *bonorum possessio* n'avaient lieu qu'à défaut d'une *bonorum possessio* de la part d'un héritier civil. C'est donc par conséquent sur ce point là que les modernes se trompent le moins lorsqu'ils parlent de cette doctrine.

(1) *Voyez*. le *fr*. 1. *D*. 38, 2. où Servius Sulpicius se trouve cité. Le patron avait le droit d'opter : il pouvait aussi *libertatis causa imposita petere*, d'après *fr*. 20. *D*. 37, 14. et *C*. 2. *C*. 6, 13.

(2) *Voyez* un Mémoire de M. le professeur Erb dans le *Civilistisches Magazin* (tom. V, pag. 129. 140.), sur les causes du silence gardé par Ulpien sur cette matière.

(3) Je suppose ici que le patron lui-même était un affranchi, ce qui rend le texte d'Ulpien (27, 7.) et celui des Institutes (§ 3. (1); I. 3, 9. (10) bien plus clair, et le met bien plus en harmonie avec ce que nous savons d'ailleurs, d'après l'interprétation de Théophile, qui entend par-là qu'il fallait que le patron eût été aussi celui du défunt lui-même. *Voyez* le Mémoire de M. le professeur Gœschen, sur la *bonorum possessio liberti intestati*, dans le *Civilistisches Magazin*, tom. IV, p. 257, 359.

§ CCXXV. *Cas particuliers.*

Dig. 37, 10. *De Carboniano edicto.* 38, 14. (15). *Ut ex legibus S. va C. bon. possessio detur.*

La possession de biens contraire à celle *ordinaire* (1) (*ordinaria bonorum possessio*), qu'on rencontre citée en différens endroits, est la *Carbonaria bonorum possessio*, à laquelle a droit un impubère, lorsqu'on lui conteste à la fois et son état (*status*), et son droit héréditaire (2).

Cependant la différence admise entre les *ordinariæ bonorum possessiones*, et l'*extraordinarium auxilium*, se trouve, dans un autre endroit (3), établie de telle sorte, que, par *extraordinarium auxilium*, on entend le cas posé dans un passage de l'Édit, qui établit qu'un Plébiscite ou un Sénatus-Consulte (4) pouvait ordonner en faveur d'un individu la *bonorum possessio*. Dans ce cas aussi, aucune condition n'était nécessaire pour qu'elle eût lieu en faveur de cette personne, et l'on ne s'arrêtait pas à examiner si cette *bonorum possessio* supposait ou non l'existence d'un testament (*quibus ex legibus* ou *quibus ut detur lege nil* SC*to comprehensum est*). Il faut nécessairement admettre que cette *bonorum possessio*, dont Ulpien ne fait pas mention, était reconnue par des lois positives, et que cette doctrine du droit prétorien était pour ainsi dire passée dans le

droit civil (§ CLXXVIII, note 2). L'*internecini crimen*, dont il est parlé dans Isidore, peut en être considéré comme un exemple.

(1) *Fr.* 5. § 3. *D.* 37, 5 et *fr.* 3. § 15 et 16. *D.* 37, 10.

(2) Il n'est pas certain que cet Édit, non plus qu'une foule d'autres désignés par le nom du Préteur qui les rendit le premier, date réellement de notre seconde période.

(3) § 6 et 7. § 2 et 5. *Inst.* 3, 9. (10).

(4) Si nous étions bien assurés que cette circonstance fût déjà mentionnée à cet endroit dans l'Édit, il en résulterait une preuve de plus en faveur de ce que nous avons dit § 173.

§ CCXXVI. *Comment une* BONORUM POSSESSIO *succède à une autre.*

DIG. 38, 9. (16) *De successorio edicto.* 15. (16). *Quis ordo in possessionibus servetur.*

Celui auquel la *bonorum possessio* est échue, devait se déclarer au *Magistratus populi Romani*, c'est-à-dire au Préteur ou au Gouverneur de la province, dans un délai déterminé, qui est celui d'une année pour les *parentes* et les *liberi*, c'est-à-dire, ainsi que nous le disons, pour tous les parens en ligne directe, et celui de cent jours pour toutes les autres personnes qui peuvent être appelées. Ce délai, dans les deux cas, devait être compté sans interruption, du commencement jusqu'à la fin (*utiliter*). Mais il ne fallait pas,

comme le prétendent quelques jurisconsultes modernes, qu'elle déclarât en justice (*declaratio judicialis*) être prête à accepter la succession avec toutes ses charges. La déclaration dont nous venons de parler s'appelait *bonorum possessionem agnoscere, petere, admittere, accipere*. Aussitôt qu'une des personnes appelées avait laissé écouler le délai qui lui ét ait accordé, et qu'il ne se trouvait pas d'autre personne présente, appelée concurremment avec elle, qui se fit connaître, la possession de biens qui venait immédiatement après celle-là, d'après sa nature (1), avait alors lieu, et cette nature se déterminait d'après les différens degrés qui existaient entre les possessions de biens (*gradus bonorum possessionis*); enfin dans chacune de ces possessions on avait égard à la place (*gradus*) qu'occupait l'appelé, mais non pas uniquement à celle qui lui donnait droit à l'hérédité légitime; peut-être même était-ce alors d'après le degré de parenté. Les enfans n'étaient pas les seuls auxquels il pût arriver d'être appelés plusieurs fois; toutefois ce cas mérite d'être remarqué à leur égard, en ce que, envisagé par rapport aux enfans, il a servi de base aux jurisconsultes modernes, pour établir la prescription de quatre-vingt-dix ans.

(1) Ainsi, par exemple, à défaut de *bonorum possessio* testamentaire, on procédait à celle *ab intestato*. Le *fr.* 2. *D.* 38, 6, ne prouve pas le contraire, mais, dans la phrase

suivante qu'il renferme, le mot UT a la signification de UT UT : *Emancipatus præteritus, si contra tabulas bonorum posses-sionem non acceperit, et scripti heredes adierint hereditatem..... quamvis secundum tabulas bonorum possessio petita non fuerit, non tamen eum prætor tuetur,* UT *bonorum possessionem accipiat unde liberi.*

§ CCXXVII. BONORUM POSSESSIO CUM RE ET SINE RE.

Comme *hereditas* et *bonorum possessio* se rencontrent toutes deux ensemble chez le même défunt, dans la même fortune, et à l'égard de la même succession, soit testamentaire, soit *ab intestat*, on ne peut s'empêcher de se demander quel était alors celui qui recevait réellement la fortune (*rem*), expression qui revient souvent même dans le commerce ordinaire de la vie. Était-ce celui qui avait acquis l'*hereditas*, ou bien celui qui avait fait usage de la *bonorum possessio* qui lui était offerte (1)? C'est à la solution de ce problème, auquel presque aucun des jurisconsultes modernes n'a daigné faire la plus légère attention, que se rapporte une expression technique depuis long-temps employée par Ulpien, et aussi dans une intention particulière par Gajus, je veux parler de la *bonorum possessio cum re et sine re*, (mots dont l'inversion n'est point admise). Sans doute cette expression, par pure inadvertance, n'est pas employée dans les Institutes de Justinien, quoique cependant elle se retrouve

dans le Code, et elle doit se rapprocher de celle d'*hereditas cum re* et *sine re*, qu'on ne voit que dans Saint-Ambroise seulement. Quant au résultat même de cette *bonorum possessio*, il est indiquée dans les Institutes par cette phrase : *remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hereditas ;* mais il serait très-facile de donner à ces mots une interprétation tout-à-fait différente de celle qu'ils doivent avoir d'après l'intention de leur auteur ; et de plus, cet autre sens que Théophile n'admet point non plus, a certainement aussi quelque chose de très-plausible. Une autre expression se rencontre plus fréquemment dans nos sources, c'est celle : *prætor eum tuetur*, ou *eum non tuetur*. En effet l'héritier ne pouvait toujours précéder le *bonorum possessor*, ni celui-ci précéder l'héritier. Et il importait de décider si le *bonorum possessor* devait être appelé à la *bonorum possessio*, soit avant l'héritier, soit en même temps que lui, soit enfin après lui. Dans les deux premiers de ces trois cas, un individu qui n'était pas héritier, recevait réellement la fortune du défunt ; et c'est alors que sa *bonorum possessio* est *cum re* [2] (*eum Prætor tuetur*). Dans le troisième, elle était dévolue à l'héritier qui ne s'était pas offert pour la *bonorum possessio*. Dans ce cas la *bonorum possessio* de l'autre était *sine re*, (*eum Prætor non tuetur*). Il se peut en effet que la *bonorum possessio* soit échue à

une personne qui se trouve en avoir avant elle vingt autres, toutes appelées à la possession, et dont chacune par conséquent a la faculté d'exclure sa prise de possession, puisqu'elle n'y aura droit qu'autant que celles-ci ne feront pas usage de leur droit. Or elles sont censées y avoir renoncé, lorsqu'elles préfèrent entrer dans les droits du défunt par le moyen de l'*hereditas*. Mais comme, aux termes du droit civil, il n'y a non plus qu'une seule d'entre ces personnes qui puisse être héritière, la question de savoir à qui la fortune était réellement dévolue en ce cas de concurrence dont nous venons de parler, se réduit à des termes fort simples, c'est-à-dire que l'*héritier* se fait réellement adjuger tous les biens, en vertu du même droit d'après lequel la *bonorum possessio* lui est offerte, tandis que le *bonorum possessor* se trouve, par ce même héritier, exclu de cette possession (3). Cependant la doctrine nouvelle tirée de Gajus, dont j'ai parlé dans le § CCXXII, et suivant laquelle tout *legitimus heres* doit être préféré pour la *bonorum possessio* à l'héritier institué, qui ne peut invoquer que la *bonorum possessio* en sa faveur; cette doctrine, dis-je, forme ici une exception, puisque nous ne connaissons aucun cas dans lequel un héritier légitime ait été appelé à une possession de biens contraire au testament (*contra tabulas bonorum possessio*), lorsque ce testa-

ment lui-même ne pouvait avoir pour effet que de produire la *bonorum possessio*.

(1) L'histoire de la manière dont les jurisconsultes modernes ont envisagé cette question est aussi curieuse qu'instructive. Je ne connais, jusqu'à présent, que Giphanius qui en ait donné une bonne solution, quoiqu'il ne s'en soit occupé qu'incidentellement *ad Cod. T. Quando non petentium* (6, 10). J'ai peine à croire que le seul motif pour lequel tous les autres jurisconsultes l'ont passé sous silence, soit uniquement parce qu'elle leur paraissait trop facile à résoudre. Pufendorf (*obs.* 4, 76. § 2.) et Hofacker, dans son premier ouvrage élémentaire (*Inst.* § 161), se tirent d'affaire en disant que l'*héritier civil* était obligé de prouver contre le *bonorum possessor* : *eo casu jus strictum consuetudine abrogatum non esse*. Par conséquent, selon eux, cette question non-seulement ne leur fournissait pas la preuve d'une maxime de droit, ce qui est sans exemple, mais encore elle ne leur prouvait même pas qu'une maxime reconnue en droit n'était point changée par une coutume contraire. Je n'avais aucune connaissance de cette opinion, qui mérite au moins le reproche d'être exprimée avec assez peu d'adresse, lorsque, dans la dissertation *de bonorum possessione* (Halle, 1788, in-4°), que je soutins pour obtenir le grade de docteur, j'essayai de résoudre ce problème, auquel je me suis attaché depuis à démontrer (*Civilistisches Magazin*, tom. I, p. 258 (90), qu'on était inexcusable de faire aussi peu d'attention. Depuis cette époque, Hœpfner, dans la sixième édition de son Commentaire (§ 658, note 2), et Koch, dans sa *bonorum possessio* (1799, *in*-8°), ouvrage qu'il avait promis long-temps avant de songer à ce problème, ont eu plus d'égard au rapport de l'hérédité avec la *bonorum possessio*, lorsqu'elles se présentent ensemble, au moment de l'ouverture d'une succession. (*Voyez* les *Goetting. Gelehrte*

Anzeige, année 1799, cah. 19). Weber, au contraire, a soutenu, dans la septième édition du Commentaire de Hœpfner, (Voyez *Goetting. Gelehrte Anzeige*, 1804, cah. 14) et ailleurs, que mon observation était une *quæstio Domitiana*, parce qu'il n'avait pas bien saisi le sens de ce que j'avais dit dans le *Civilistisches Magazin*, et qu'il croyait que je me bornais à parler de la question de savoir à qui de l'héritier civil ou d'un individu étranger à la famille, la *bonorum possessio* était offerte d'abord. Il serait impossible, en effet, de faire une réponse exacte à cette dernière question (*voyez* ci-dessus, § CCXIX); mais on peut fort bien résoudre celle qui consiste à déterminer si lorsque la *bonorum possessio* était offerte d'abord à l'héritier civil, puis à une autre personne, et qu'il n'y avait que cette dernière qui se présentât, la fortune du défunt lui était ou non adjugée; et, *vice versâ*, de déterminer quel était celui qui obtenait la fortune, lorsque l'Édit offrait la *bonorum possessio*, d'abord à un individu qui n'était pas héritier civil, puis ensuite à l'héritier civil, et que le premier seul se présentait.

(2) On trouve cette expression dans Ulpien (23, 6) et incidemment dans un autre endroit (26, 8). Le même jurisconsulte l'explique aussi ailleurs (28, 13), pour faire sentir la différence qu'il y a entre elle et celle de *bonorum possessio sine re*. Nous la rencontrons aussi dans Gajus, qui la cite en passant (p. 91, lig. 20.), et qui, plus loin insiste dessus (p. 134, lig. 7). Nous lisons également dans la *const.* 25. *C.* 3, 28, le mot: *bonorum possessio cum re*; dans le *fr.* 12. *pr. D.* 12. 28, 3. le *fr.* 84. *D.* 29, 2. et le *fr.* 2. § 8. *D.* 38, 17. (18) *rem obtinere*, *rem auferre*; et dans le *fr.* 1 § 8. *D.* 38, 6. (*fr.* 9. *D.* 38, 7) *rem habere*; mais dans ces deux derniers, il n'est pas parlé précisément de la *bonorum possessio*. Quelques jurisconsultes modernes ont rapporté la *bonorum possessio sine re* au cas où c'était par erreur qu'un individu s'était présenté pour la *bonorum possessio*, ou à

celui dans lequel, avant d'obtenir la *bonorum possessio*, on était obligé de commencer par vider l'*inofficiosi querela* (§ 221, note 2).

(3) *Voyez* le *fr.* 10. *D.* 37, 6. où il est dit.....: *Filius in potestate..... hereditatem retinet jure eo, quod bonorum possessionem petere posset.* C'est ainsi que, dans Zuichem, par exemple, on trouve une distinction établie entre la *bonorum possessio necessaria*, c'est-à-dire sans laquelle personne ne peut entrer en jouissance, et la *bonorum possessio utilis*, c'est-à-dire celle qui n'est pas essentiellement indispensable; distinction que je me serais bien gardé de proposer, parce qu'elle a l'inconvénient d'appeler sur-le-champ l'attention du lecteur sur le *necessarius heres*, ou sur l'*utilis actio*.

§ CCXXVIII. Missio in possessionem bonorum.

Imitant ici Gajus, Ulpien et le texte des Institutes, je ne parlerai pas en cet endroit de l'envoi en possession par jugement (*decretum, quo quis mittitur in possessionem bonorum*, ou *in bonorum possessionem mittitur*), quoique ce soit précisément ici que l'Édit en fasse mention. En effet tout envoi en possession (*missio in possessionem*), soit qu'il embrasse la fortune entière d'une personne morte, ou d'une personne qui vit encore, soit qu'il ne renferme qu'une chose déterminée, appartient à la procédure civile, et dès lors ne peut encore nous occuper en ce moment (1).

Cependant, dans la *bonorum possessio* véritable, laquelle est aussi une manière d'entrer en jouissance de toute une fortune, il y a certains cas

dans lesquels il est question d'un *décret*(*decretum*), en vertu duquel on obtient cette fortune (2), ainsi que d'une collation *causa cognita*, ou *pro tribunali* (3). C'est à ce cas qu'il faut rapporter cette distinction dont on ne trouve qu'un seul exemple dans tout le Droit romain, mais qu'on rencontre très-fréquemment chez les jurisconsultes modernes, et qui est même beaucoup plus souvent employée par eux (4), que celle entre la *bonorum possessio cum re* et celle *sine re*, je veux parler de la distinction de la *bonorum possessio edictalis* et la *bonorum possessio decretalis*, laquelle très-vraisemblablement a quelque affinité avec celle des actions en directes et utiles (5).

(1) *Fr.* 2. § 11. *D.* 38, 17. (18). *Neque enim sufficit mitti in possessionem nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem.*

(2) *Fr.* 4. *D.* 37, 8 *Decreto bonorum possessionem accipere*, *fr.* 14. § 1. *D.* 37, 4..... *Decreto petere bonorum possessionem.*

(3) *Fr.* 3. § 8. *D.* 37, 1.

(4) *Fr.* 1. § 7. *D.* 38, 9. (10).

(5) *Fr.* 1. *D.* 43, 18. *Voyez* le Mémoire de M. de Loehr sur la *bonorum possessio decretalis*, dans le Magazin de Grolman.

§ CCXXIX. *Autres manières d'acquérir une universalité de biens.*

INST. 3, 12. (13) *De successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditionem.....*
DIG. 42, 6. (7). *De separationibus.*

Parmi les manières d'acquérir à titre universel, autres que celle par cause de mort, se range, indépendamment de celles dont il a été parlé plus haut (§ CXVII), l'achat des biens d'un débiteur (*bonorum emtio*) en cas d'insolvabilité de sa part. Le cas se présente lorsqu'un individu quelconque fait des offres avantageuses aux créanciers ou à leur fondé de pouvoir général (*magister*), c'est-à-dire lui offre sur le montant de leur créance le moins de perte possible. C'est là ce qu'on dit présenter la meilleure *lex bonorum venditorum, creditoribus ejus qui plurimum servat* (1); dans ce cas cet individu prend la qualité de *sector* (*voyez* ci-dessus § CXLIX), c'est-à-dire qu'il reçoit la fortune entière du débiteur. Les Romains ne pensaient pas qu'il fût contraire à l'équité qu'un pareil acquéreur trouvât quelque profit dans cette acquisition, parce qu'il était tout-à-fait impossible que, dans une affaire aussi compliquée, les créanciers ne consentissent pas à abandonner quelque chose comme équivalent de la peine que se donnait ou la justice,

ou un simple particulier pour la terminer. Il importait peu que cette portion ainsi abandonnée tombât entre les mains de la justice, ou entre celle d'un simple citoyen. Cependant il faut remarquer que ce dernier convient ordinairement mieux pour ces sortes d'affaires, et que d'ailleurs ses services sont bien moins dispendieux que ceux de la justice.

En pareil cas, si c'est d'une succession qu'il s'agit, les créanciers de celle-ci peuvent exiger qu'on commence par les satisfaire sur l'actif de cette même succession (*separatio*), et qu'il ne soit dévolu aux créanciers de l'héritier, sur ce même actif, que ce qui restera après le remboursement intégral de leurs créances.

(1) Dans Cic. *de LL.* 12, 19, et non *de creditoribus, c.* 9. *p. s.*, d'après la rectification de Savigny, dans *Zeitschrift*, 11. p. 377.

II. DES OBLIGATIONS.

§ CCXXX. Obligatio.

Les obligations ne sont plus à présent aussi rigoureuses qu'elles l'étaient autrefois (§ CLIX) (1), et il en est aussi parmi elles plusieurs auxquelles le droit Prétorien a donné naissance (§ CXIX, note 1). L'on ne peut plus maintenant indiquer séparément les actions qui dérivent de chacune d'elles; on est obligé d'ajouter chaque action à l'ar-

ticle de chacune de ces obligations en particulier, comme le font Gajus et les Institutes ; car déjà, à l'époque où nous sommes parvenus, il commençait à ne plus y avoir de *legis actio* qui fût applicable simultanément à un grand nombre d'affaires différentes.

(1) *Voyez*, dans le *Civilistisohes Magazin*, tom. V, p. 184 la dissertation sur le vrai sens de la Loi Petillia Papiria, par M. le conseiller Schrader.

§ CCXXXI. *Contrats.*

I. Il est infiniment probable qu'à l'époque où nous sommes parvenus, l'on ne comprend plus sous la dénomination générale de contrats tous les cas dans lesquels une promesse peut engendrer une action contre l'obligé, mais seulement ceux à l'égard desquels cette conséquence avait été formellement prévue par l'ancien droit. En effet, le droit Prétorien a maintenant donné naissance à des *pactes* (*pacta*), en vertu desquels on peut intenter une action ; et ils ne continuent pas moins toutefois de porter le nom de *pacta*, quoiqu'au fond ils produisent actuellement un effet exactement semblable à celui que les contrats produisaient autrefois. Le motif ou la *cause* d'un contrat (*causa*), c'est-à-dire ce qui lui fait produire action, ce qui le rend *parfait*, ne se tire plus uniquement que, 1° soit d'une chose ou d'un fait

quelconque déjà accompli par l'un des contractans (*res*); 2° soit d'un engagement verbal (*verba*); mais il se tire en outre, 3° ou d'un acte écrit (*litteræ*), et 4° ou d'un simple consentement, de quelque manière qu'il ait été exprimé (*solus consensus*). Les Romains désignent ces divers modes par cette phrase : *Aut* RE *contrahitur*, *aut* VERBIS, *aut* LITTERIS, *aut* CONSENSU; d'où les modernes ont fait dériver les noms de *contractus reales*, *verbales, litterales* et *consensuales*. La différence qui existe entre les anciens et les nouveaux contrats (*civilia negotia* et *bonæ fidei negotia*), se fait sentir d'une manière très-prononcée dans la doctrine que les jurisconsultes nous transmettent au sujet des actions ainsi qu'à propos des exceptions, qui étaient le moyen de détourner celles-ci.

§ CCXXXII. 1° *Contrats parfaits par la chose* (RES).

DIG. 12, 1. *De rebus creditis*. 13, 6. *Commodati vel contra*. 7. *De pignoratitiâ actione*. 16, 3. *Depositi vel contra*.

1. Parmi les contrats parfaits par *la chose*, celui qu'il est le plus important de connaître, c'est le *Prêt de consommation*, appelé *mutui datio*, ou, comme on disait aussi, *mutuum rei creditæ*, qui résulte d'un prêt, soit en argent, comme le porte l'Édit, soit en monnaie romaine, comme il est dit expressément dans la *lex de Gallia*

Cisalpina (§ CXXII). L'action qui en dérive porte le nom de *certi condictio* ou de *mutui actio*. A la suite on trouve dans l'Édit une doctrine dont il n'est parlé ni dans Gajus, ni dans les Institutes; c'est celle du *Serment* (*jusjurandum*). Il peut-être 1° ou volontaire (*voluntarium*), lequel a lieu lorsqu'une partie, sur la condition à elle imposée par son adversaire (*conditione delata*) a juré; et, à cet égard, les Romains avaient érigé en principe, que refuser en ce de prêter le serment déféré, c'était avouer publiquement avoir tort dans sa prétention; 2° ou forcé (*necessarium*). Le second des contrats réels, le *Prêt à usage* (*commodatum*), fournit occasion de parler du dol (*dolus*), de la faute (*culpa*), de la diligence (*diligentia*), et de la surveillance (*custodia*), dont il est d'ailleurs question aussi dans un grand nombre d'autres cas sur lesquels nous aurons occasion de revenir par la suite. Ce dernier contrat, outre une *action directe* (*directa commodatactio*), engendre de même une *action contraire* (*contraria actio*). La dénégation d'un *Dépôt* n'entraîne contre le dépositaire la restitution du double de la valeur, qu'autant que le dépôt lui a été confié au moment d'un malheur. Dans ce cas aussi l'*action directe* (*depositi actio*) peut très-souvent donner lieu à l'*action contraire*, de la part de la partie adverse. Le *Gage* (*pignus*) n'autorise pas toujours le créancier qui l'a reçu,

à vendre l'objet engagé, mais il se trouve fréquemment réuni à cette clause du contrat de vente nommée *lex commissoria*. L'action qui en dérive (*pignoratitia*) est également ou *directe* ou *contraire* (*contra*). Ces deux espèces d'actions sont maintenant applicables même aux contrats appelés *innommés*, lesquels n'étaient jamais parfaits que par la chose. Ainsi on est autorisé à en poursuivre et à en réclamer l'exécution, soit par les actions dites *præscriptis verbis*, (expression qui dérive peut-être de *præscriptio*, dont il sera parlé plus bas, et non de *præscribere*, *prescrire*), soit par l'action personnelle, lorsque celui qui avait livré quelque chose de son côté, se repentait d'en avoir agi ainsi. On désignait les actions personnelles sous le nom général de *condictio* terme auquel nous trouvons réuni une fois celui d'*ob causam datorum*, et même une autrefois, ce qui est très-surprenant, celui de *causa data*, *causa non secuta*.

§ CCXXXIII. 2° *Stipulations*. (Verba.)

Inst. 3, 16. (17). *De duabus reis stipulandi et promittendi*. 17. (18). *De stipulatione servorum*. 19. (20). *De inutilibus stipulationibus*. 20, 21. *De fidejussoribus*
Dig. 45, 1. *De verborum obligationibus*.

2. Parmi les contrats qui sont parfaits par les *paroles* (*verba*), l'on voit surtout les Stipulations

être d'un emploi très-fréquent. Ce terme se présente maintenant souvent à nos yeux, soit comme substantif, soit comme verbe précédé d'une particule, tels, par exemple, que les mots *instipulari* (*dolo malo*) et *restipulatio* (§ CCLVI et CCLXVIII), désignation qui, selon Théophile, entraîne presque toujours la convention verbale d'une peine. Les stipulations, comme je viens de le dire, sont très-fréquentes, soit comme actes distincts et particuliers, soit comme clauses propres à confirmer ou à préciser davantage un acte d'une autre nature, comme, par exemple, un prêt de consommation (*mutui datio*), une vente, etc. Nous devons observer aussi qu'il était des cas nombreux dans lesquels l'autorité publique obligeait à une stipulation; c'est là ce qu'on appelait *Prætoria stipulatio*, qu'on trouve une fois aussi nommée *stipulatio Tribunitia* (1). Il y avait même des cas dans lesquels un simple juge (*judex*) pouvait imposer cette obligation (*Judicialis stipulatio*). L'Édit prescrivait la formule de ces sortes de stipulations, mais c'était pour celles-là seulement qu'il prenait ce soin (2). Le but de toutes les stipulations était d'avertir la partie engagée, et qui serait tentée d'enfreindre son engagement, que la formule qu'elle avait proférée avait donné naisssance à une obligation (*obligatio*). Il est également possible, jusqu'à un certain point, de ranger ici ces espèces de promesses

appelées *sponsiones*, qu'une partie assignée en justice était souvent contrainte à faire au profit de la partie adverse, sous peine d'un dommage (3), et qui étaient complétement obligatoires, ainsi que je l'ai déjà dit plus haut en parlant du serment; actes en un mot qui paraissent tirer leur origine de la première des *legis actiones*. Il est encore un cas bien remarquable de stipulation, c'est celui qui se présente souvent lorsqu'il y a de chacun des deux côtés plusieurs personnes également intéressées (*rei*) à la chose stipulée (*plures rei stipulandi*, ou *plures rei promittendi*); de sorte que, dans cette hypothèse, non pas l'existence du droit de chacun d'eux sur cette chose, mais la durée de ce même droit, est déterminé par les autres cointéressés. Les Plébiscites (§ CLXXII) rendus en faveur des *sponsores*, c'est-à-dire de ceux qui avaient répondu affirmativement à l'interrogation d'*idem spondes?* et ceux en faveur des *fidepromissores*, ou, en d'autres termes, de ceux qui avaient répondu à la demande de *idem fidepromittis?* paraissent avoir donné naissance aux *fidejussores*, c'est-à-dire à ceux qui s'engageaient en répondant à la question *idem fidejubes?* et dont il n'est fait mention qu'à la fin de la quatrième période. Certains cas, tels que ceux, par exemple, où il y avait réponse à la demande *idem dabis?* étaient encore consi-

dérés comme douteux et incertains. Une différence fort importante aussi entre ces diverses stipulations tenait à ce que les héritiers du *fidejussor* étaient eux-mêmes garans ou cautions de la stipulation de leur auteur, tandis que les héritiers du *sponsor* ou du *fidepromissor* ne l'étaient pas. Ces trois espèces de personnes contractantes étaient considérées entre elles comme *solitaires* (*plures rei promittendi*), c'est-à-dire qu'on pouvait commencer par attaquer celle d'entre elles que l'on voulait, tout aussi bien que les autres. La Loi Publilia (4) donne au *sponsor* attaqué, et qui paie, le droit d'exiger par une action, appelée *depensi actio*, la restitution au double de la somme qu'il a payée. A l'époque dont nous parlons, on ne peut jamais faire dépendre l'irrévocabilité d'une stipulation de la mort de la partie qui promet, non plus que de celle de la partie au profit de laquelle la stipulation est faite; on ne peut pas non plus faire dater le commencement de l'obligation du moment de cette mort (§ CVII); et même, en principe rigoureux, il n'est pas encore permis de considérer la fixation d'une époque quelconque comme étant un des modes d'extinction de l'obligation.

(1) Ulp. 7, 3 : Mais il faut pour cela supposer qu'ici le manuscrit est exact, car il se pourrait fort bien aussi que ce fût là le nom d'un magistrat.

(2) Par exemple, dans le *Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 442..... *eam stipulationem, quam is qui Romæ inter peregrinos jus dicit, in albo propositam habet*, dans le cas de *damni infecti cautio*.

(3) *Ibid* p. 448. *Aut se sponsione judicioque, utive oportebit, non defendet*. Ainsi, Gajus parle des *sponsiones* en traitant des interdits. C'est ici qu'il faut rapporter l'expression *sponsione aliquem lacessere*.

(4) Gaj. Pag. 162, lig. 17.

§ CCXXXIV. Dictio dotis, *et serment de l'affranchi.*

Ulp. 6, 2.

Gaji *Inst.* A la suite du *Theodosianus Codex* 2, 9. § 3 et 4.

On ne trouve rien à cet égard dans Justinien si ce n'est Cod. 5, 11, *de dotis* (*promissione et*) *nuda pollicitatione*.

La *dictio dotis* (mot dont l'inversion est admise), si elle avait déjà lieu à l'époque qui nous occupe, était une seconde espèce de contrat verbal; mais qui ne pouvait être valable qu'entre certaines personnes, telles que la femme, son père et ses créanciers (1). En pareil cas il n'y avait besoin ni d'une question préliminaire, ni d'une réponse formelle, pour que l'acte fût parfait.

Nous ne savons presque rien de ce qui avait rapport à l'autre espèce de contrats que les modernes appellent *promissio jurata operarum liberti*.

(1) Il y a bien certainement altération ici dans Ulpien ; car non-seulement le terme d'*institutus* ne saurait s'appliquer ici, mais encore le passage n'est pas en harmonie avec la définition qu'on lit immédiatement après (11, 4.)

§ CCXXXV. 3° *Contrats par écrit.* (Litteræ.)

Gaji *Inst.* p. 162, lig. 19; p. 163, lig. 21.

Gajus à la suite du *Theodosianus Codex*, 2, 9. § 12.

Instit. 3, 21. (22). *De litterarum obligatione*, et à ce sujet, Théophile, édition de Fabrot.

3. Les contrats parfaits par l'*écrit*, se divisaient, ainsi que nous le savons depuis seulement la découverte du manuscrit de Gajus, en deux classes; *transcriptitium nomen* (mot qui n'est point pris ici dans la même acception que dans le § CIX, mais qui répond à celui de *folium* chez nous), et *arcarium nomen*. Le premier de ces contrats suppose une obligation nouvelle, née d'une convention écrite préexistante, et qui apporte quelque changement, soit à la chose dite (*à re in personam*), soit seulement à la personne du créancier (*à personâ in personam*) : le second au contraire est moins une obligation nouvelle, qu'une preuve en faveur d'une obligation ancienne, contractée de vive voix. On voit aussi qu'il est parlé des *syngraphæ* et des *chirographæ*, comme formant des *litterarum obligationes* à l'égard des étrangers. Quant aux *transcriptitia nomina*, ils

étaient vraisemblablement réservés pour les seuls Romains.

§ CCXXXVI. 4° *Contrats par simple consentement* (solo consensu.)

Inst. 3, 22. (23). *De consensu. obligation.* 23. (24). *De emtione et venditione.* 24. (25). *De locatione et conductione.* 25. (26). *De societate.* 26. (27). *De mandato.*

Dig. 17, 1. *Mandati vel contra.* 2. *Pro socio.* 18. *De contrahenda emtione*, etc. 5. *De periculo et commodo rei venditæ.* 19, 2. *Locati conducti.*

4. L'usage des contrats qui étaient parfaits par le simple consentement, s'était introduit précisément à l'époque dont nous retraçons l'histoire. Ces contrats étaient même ceux des actes auxquels on avait principalement recours pour s'engager réciproquement; et depuis que l'agrandissement du territoire de la république plaçait souvent les citoyens romains à de grandes distances les uns des autres, on pouvait passer de tels contrats même entre absens, par lettre ou par l'entremise d'un courrier. Une foule de passage de Cicéron (1) attestent leur existence dès l'époque où nous sommes parvenus. Cette existence est en outre constatée par l'inscription d'Héraclée, où l'on trouve même expressément cités les deux contrats de cette nature qui sont rapportés les derniers dans les Institutes (§ XI),

mais qui au contraire dans l'Édit sont les premiers. Ce qui démontre aussi qu'ils n'existaient pas depuis long-temps à cette époque, c'est, d'une part, que les verbes *emere*, *vendere* (*venum dare*), *locare*, *conducere*, *societatem coire*, *mandare*, qui sont employés dans la composition du nom de ces contrats, ne se rapportent pas à de simples stipulations verbales; et de l'autre, qu'il n'y a qu'un seul de ces contrats dans lequel le nom soit terminé en UM (*mandatum*), comme celui des anciens contrats, tandis que, dans les quatre autres, il porte la nouvelle terminaison en TIO; il est vrai que l'ancienne terminaison se trouve encore conservée dans le nom de l'action à laquelle ces quatre mêmes contrats pouvaient donner lieu (*actio empti*, *mandati*, etc.).

D'abord, en ce qui touche la Vente, une des expressions proverbiales rapportées plus haut (§ CLXXXV, note 3), nous apprend qu'elle n'exigeait pas, comme condition essentielle, que l'acquéreur déboursât une somme d'argent, et par conséquent qu'il n'y avait point entre elle et l'échange une différence aussi marquée que celle qui s'établit avec le temps. De ce qu'il est dit incidentellement, à cette occasion, que la vente est parfaite du moment où les deux parties sont d'accord, on ne saurait nécessairement établir comme constant que cette règle existât déjà auparavant, mais on peut, jusqu'à un

certain point, en conclure qu'elle prit naissance durant la seconde période. Les mesures de police relatives aux cas où le vendeur peut demander l'annulation de la vente (*redhibitio*) (2), à raison de la mauvaise qualité des choses vendues, portaient le nom particulier d'*Edictum Ædilium*. L'*actio* qui dérive de la vente, prend d'une part le nom d'*actio emti*, et de l'autre, celui d'*actio venditi*.

Le Louage (*locatio et conductio*) était encore un contrat dont la doctrine se rapprochait de celle du précédent, d'une manière beaucoup plus étroite qu'il ne le fit dans la suite (3). Ce contrat embrassait un grand nombre d'objets différens : tantôt il avait pour but le droit de jouir (*uti* et *frui*), soit d'un immeuble, et parculièrement de ceux qui appartenaient à la république (§ CCI), soit des travaux d'un esclave ou d'un homme libre (*opus*), ou enfin par exemple d'entretenir la toiture (*sarta tecta*), et autres choses semblables (4). La jouissance de l'objet loué pouvait se transmettre aux héritiers. Quant à l'*opus*, les Institutes n'en disent pas un seul mot. L'action s'appelait *locati*, de la part de celui qui louait, et *conducti*, de la part de celui qui prenait à loyer.

La Société (*societas*) était un contrat très-fréquent, surtout entre Publicains, mais d'ailleurs fort peu favorisé encore par les lois ; cepen-

dant la condamnation d'un associé entraînait contre lui l'infamie. On appelait l'action qui en dérivait, *actio pro socio*.

Le Mandat (*mandatum*), considéré comme substitution ou remplacement d'une personne par une autre, était bien moins fréquent qu'autrefois, parce qu'il était une foule de cas dans lesquels il y avait nécessité absolue d'agir en personne, ou au moins par des individus avec lesquels on entretenait des rapports constans. L'on ne considérait point le Dépôt (*depositum*) (§ CCXXXII) comme une espèce de mandat (*mandatum*). On n'avait pas encore parfaitement décidé jusqu'à quel point l'action qui en dérivait pouvait s'étendre aux héritiers. (6) La condamnation du mandataire entraînait aussi l'infamie dans ce cas (7). Le mandat donnait également naissance à deux actions; l'*actio mandati directa*, qui s'intentait par le mandant (*mandator*), et l'*actio contraria*, qui était dirigée par l'autre partie, peut-être par celle que nous appelons aujourd'hui *mandataire* (*mandatarius*), ainsi que paraît l'annoncer le titre correspondant des Institutes, quoiqu'il ne soit pas facile de concilier cette circonstance avec celle de l'infamie qui rejaillissait sur la personne du mandataire condamné par suite de l'action directe.

Au reste ces deux dernières espèces de contrats, outre la circonstance d'être parfaits par la

simple convention, ont encore cela de commun, qu'aucune des deux parties contractantes ne se trouve obligée seule et d'une manière positive, que tant qu'elle n'a pas dénoncé à d'autres son contrat.

(1) Il est parlé aussi dans le passage de Cicéron (*de nat. Deor.* 3, 30) que j'ai cité à l'occasion de la Loi Plætoria, des actions *mandati* et *pro socio* entre celles *tutelæ* et *fiduciæ*, puis aussi des actions *ex emto*, *aut vendito*, *aut conducto*, *aut locato*.

(2) *Redhibere* répond à *exhibere* dans les écrits des jurisconsultes romains, et à *habere* dans Plaute. Les premiers s'en servent lorsqu'ils parlent de l'acheteur, et Plaute, quand il est question du vendeur.

(3) Festus dit que la *locatio fundi publici* portait le nom d'*emtio*. Le mot *redemtor operis* est resté.

(4) Plaute dit aussi *argentum locare* (*Most.* 3, 1. v. 4.), par rapport aux impôts, et ces mots n'ont pas le même sens que ceux de *pecuniam locare*, que Scheller a cru synonymes. Gibbon donne la même signification aux mots *argentum locare*, quoique vraisemblablement ce ne soit pas l'autorité de Plaute qui l'y ait déterminé.

(5) C'est sans doute parce que le mandat (*mandatum*) ne fut introduit qu'assez tard dans le Droit romain, que le dépôt (*depositum*), et jusqu'à un certain point le gage (*pignus*), n'en furent point considérés comme des espèces, même sous le rapport de la peine qu'ils pouvaient faire encourir.

(6) Auctor *ad Herenn.* 2, 13.

(7) Nous en avons la preuve, ainsi que pour la société, dans les fragmens trouvés à Héraclée (*Civilistisches Magazin*, tom. III, p. 376): Mais il n'est pas essentiel, dans ce cas, que le condamné se soit déjà rendu coupable d'un dol avant la demande. Cicéron (*pro Rosc. Amer.* 39) range en

effet la négligence d'un mandataire au nombre des causes qui peuvent faire rejaillir sur lui une condamnation criminelle. Il faut donc que cette négligence constitue une sorte de dol, pour qu'elle puisse être considérée comme circonstance capable d'engendrer une pareille condamnation.

§ CCXXXVI. Quasi ex contractu.

Dig. 3, 5. et par conséquent dans une occasion particulière, *de negotiis gestis*. 14, 2. *de lege Rhodiâ de jactu*.

Les obligations qui naissaient d'un quasi-contrat (*obligationes quasi ex contractu*) étaient, à cette époque, au nombre de trois : 1° la gestion d'affaires (*negotia gerere*), d'où résultaient la *directa* et la *contraria negotiorum gestorum actio*; 2° l'administration d'une chose commune (*rem communem administrare*); 3° le paiement de la chose non due (*indebiti solutio*). Lorsqu'il s'agissait de l'administration d'une tutelle, la condamnation entraînait aussi la peine de l'infamie. Nous ignorons pourquoi on ne rangeait pas dans la même classe le cas où il y avait *litis contestatio*, surtout lorsque la valeur de l'objet demandé s'élevait au double par le retard (*lis inficiando crescit in duplum*) (1), ainsi qu'une foule d'autres tels, par exemple, que l'application de la Loi Rhodia *de jactu*, les engagemens que les modernes appellent *pacta legitima* et *prætoria*, notamment celui nommé *constituta pecunia*, enfin toutes les hypothèses qui donnaient lieu aux actions *Paulliana*, *Faviana*, *Calvisiana*.

(1) On n'a pas encore expliqué pourquoi il n'était pas possible, dans ce cas, d'exiger la restitution d'un *indebitum solatum*. (§ CLXXXV, note 3).

§ CCXXXVII. *Extinction d'une obligation.*

Dig. 46. 2. *De novationibus et delegationibus*. 3. *De solutionibus et liberationibus*. 4. *De acceptilatione*.

Ni Gajus ni les Institutes ne divisent, ainsi qu'on le fait aujourd'hui, les obligations en celles qui s'éteignent par elles-mêmes (*ipso jure*), et celles qui prennent fin en vertu d'une exception (*exceptio*); ce qui, toutefois, n'a lieu qu'en certains cas particuliers; ils font seulement une simple mention du premier de ces deux modes d'extinction. C'est ainsi, par exemple, qu'ils citent l'acceptilation (*acceptilatio*) : dans cet acte il n'était pas rigoureusement nécessaire que les parties eussent stipulé formellement, soit un terme, soit toute autre condition, quoique néanmoins le plus fréquemment cette condition se trouvât sous-entendue, et découlât de la nature même de l'acte. Il n'est pas très-aisé de reconnaître sur quel motif cette dernière circonstance était fondée : car nous sa[illegible]s que la stipulation, au contraire, était astreinte à des restrictions de cette nature. Au reste, de ce que l'acceptilation constituait un mode particulier d'extinction, et qu'elle n'était applicable qu'à une seule des manières dont l'obliga-

tion prenait naissance, c'est-à-dire à la stipulation seulement, on conclurait faussement qu'il n'y avait point un mode général d'extinction qui s'appliquât à toutes les obligations en général, et que dès-lors chacune d'elles devait cesser précisément de la même manière qu'elle avait pris naissance. En effet, une obligation contractée par le seul consentement des parties, était rompue par le consentement contraire (*contrarius consensus*), ce qu'on appelait aussi quelquefois *dissensus contrarius*, et ce que les modernes nomment toujours *mutuus dissensus*. Le contrat qui avait eu lieu *per æs et libram*, et celui qu'on appelait *judicati causa*, prenaient fin tous deux aussi par le paiement *per æs et libram* (*solutio*). Enfin Gajus cite la novation (*novatio*), comme étant souvent la conséquence naturelle d'une obligation verbale (*verborum obligatio*) entre les mêmes personnes (1) : Servius Sulpicius nous apprend que dans ce cas une obligation conditionnelle ne pouvait pas toujours dissoudre l'ancienne (2) : la dissolution n'avait lieu qu'autant que la nouvelle obligation n'était grevée d'aucune condition, et elle s'opérait lors même qu'à une obligation utile il en était substitué une autre inutile (3). Parmi les manières dont une obligation peut s'éteindre, nous citerons encore l'instance judiciaire (*litis contestatio*) dans une action légitime (*legitimum judicium*), d'après la règle

suivante, qui aurait dû trouver place plus haut (§ CLXXXV, note 3) : *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere* (4). Nous ne pouvons guère douter non plus qu'on ne commençât dès cette époque à invoquer comme cause de nullité d'une obligation, l'oubli fortuit de la désignation de l'espèce de la chose dont on se déclarait débiteur, ainsi que le concours de deux obligations gratuites (§ CLXXXV, note 3).

(1) *Civilistisches Magazin*, tome II, p. 427.
(2) Gaj. Pag. 175, lig. 1.
(3) § 3. *Inst.* 3, 29. (30).
(4) Gaj. Pag. 175, lig. 15 et suivantes.

§ CCXXXVIII. *Délits contre le Droit appartenant à un particulier.*

Inst. 4, 3. *De lege Aquilia.*
Dig. 9, 2. *Ad legem Aquiliam.*

II. Les quatre espèces de délits dont les jurisconsultes parlent dans la suite se trouvent déjà toutes citées par ceux de la seconde période, savoir:

1° Le Vol (*furtum*), avec cette modification que le vol *manifeste* était puni de la restitution au quadruple, et qu'on voit qu'il est parlé en outre de deux espèces de vols, appelés l'un *prohibitum furtum*, et l'autre *non exhibitum furtum*.

2° La Rapine (*rapina*) qui donnait naissance à la *vi bonorum raptorum actio*.

3° Le Dommage (*damnum injuria datum*), puni par la Loi Aquilia. Dans ce cas la plus haute valeur de l'objet, calculée d'après celle qu'il avait un an ou un mois avant l'accident (1), devait être restituée comme si le coupable eût été déjà condamné (*damnas esto*). A l'une de ces mêmes époques on avait alors recours, d'une manière spéciale, soit à l'action dite *in duplum actio contra inficiantem*, soit à la *noxæ deditio*, lorsque le coupable était un individu soumis à la puissance (*jus*) d'un autre.

4° L'Injure ou l'outrage (*injuria*, *contumelia*), avec estimation des dommages causés, selon les circonstances. L'action s'appelait *injuriarum actio*.

Les obligations résultantes d'un quasi-délit (*obligatio quasi ex delicto*), étaient fort nombreuses; telles étaient, par exemple, le mal-jugé par un juge (*si judex litem suam fecerit*), le dégât causé par un objet jeté ou répandu sur une personne (*effusum vel dejectum*), enfin la responsabilité du vol d'un objet confié à un aubergiste, etc. (*receptum*). On pourrait aussi ranger dans cette classe le cas où un expert chargé d'un mesurage, se serait trompé (*si mensor falsum modum dixerit*); mais dans ce cas il fallait toutefois que le mécompte fût très-grossier. Enfin on pourrait

encore y classer les altérations faites à l'*Album* du Préteur (*album corruptum*), et une foule d'autres.

Quant aux fautes qui occasionnent l'interdiction d'un individu, elles ne sont point nommées ici, précisément à cause du résultat quelles entraînent.

(1) De cette manière le coupable se trouvait aussi responsable des dommages qui avaient été commis par d'autres, durant ce laps de temps, et même de ceux qui auraient pu être la suite d'un pur cas fortuit, peu de temps avant l'époque du délit.

§ CCLXXXIX. IN REM *et* IN PERSONAM ACTIONES.

GAJI *Inst.* Pag. 189 et 190 jusqu'à la lig. 10.
INST. 4, 6. § 1 et 2.

Les *legis actiones*, dont l'excessive précision rendait l'emploi extrêmement gênant, furent pour la plupart converties, par la Loi ÆBUTIA, en formules (*formulæ*), auxquelles on n'était plus tenu de se conformer d'une manière aussi rigoureuse; circonstance extrêmement importante, et dont nous ne sommes instruits que depuis la découverte du manuscrit de Gajus. Cependant les jurisconsultes se servent maintenant du mot *Action* (*actio*) comme d'un terme technique, et ils établissent une grande différence entre une *action* et d'autres moyens de droit. Nous trouvons

aussi employé le mot *querela*, que naguère on aurait pu croire relatif aux cérémonies du culte; mais il nous est impossible d'assigner précisément les motifs qui déterminèrent les Romains à s'en servir dans une telle occasion.

Les principales espèces d'action, sont :

1° Les actions réelles appelées *in rem petitiones*, suivant l'expression d'Aquilius, § 2. *Inst.* 3, 29, expliquée ainsi par Papinien, *fr.* 28. *D.* 44, 7, et par Ulpien, *fr.* 178. § 2. *D.* 50, 16; on les nommait aussi quelquefois *in rem vindicationes*. Elles s'intentaient à l'égard d'une chose incorporelle ou d'une servitude, et l'action contraire portait le nom de négative (*negativæ*). La formule tracée par Aquilius nous apprend qu'on en faisait déjà usage même contre celui qui ne se trouvait point en possession réelle de l'objet revendiqué; mais qui, par mauvaise foi avait cessé de le posséder, (*dolo fecit quo minus possideret*).

2° Les actions personnelles, nommées *in personam actiones*, et appelées quelquefois aussi *condictiones*, étaient relatives au cas où un individu s'était obligé à donner (*dare oportere*). Le simple possesseur ne peut en intenter une semblable que contre un voleur. Gajus en parle ici, mais les Institutes ne les citent que plus tard (§ 14 du titre IV).

3° Les actions mixtes (*mixtæ actiones*), telles

que l'action en partage de succession (*familiæ erciscundæ actio*), l'action en partage d'une chose commune (*communi dividundo actio*), et l'action en bornage d'héritages (*finium regundorum actio*).

A la place de cette dernière espèce d'action, dont les Institutes ne parlent non plus qu'après avoir épuisé toutes les autres, nous trouvons le mot *persecutio* dans Aquilius. Gajus subdivise aussi les actions personnelles en celles qui tendent à poursuivre une chose (*rei persequendæ causa comparatæ actio*, que les modernes appellent *rei persecutoriæ actio*), et en celles qui sont simplement pénales (*pœnales* ou *mixtæ* (dans ce sens) *actiones*). Il désigne comme un point sujet à controverse la question de savoir si l'action qui résulte de la rapine (*vi bonorum raptorum actio*) est simplement pénale (1).

On doit ranger parmi les actions mixtes tous les cas où *inficiando lis crescit* (§ 216, 232 et 238), et sous un certain rapport l'action dérivant de la Loi Aquilia (*legis Aquiliæ actio*).

(1) Gaj. Pag. 190, lig. 4

§ CCXL. Civiles *et* honorariæ actiones.

Gaji *Instit.* Pag. 190, lig. 10; pag. 202, lig. 9.
Inst. 4, 6. § 3, 13.

Les actions sont *civiles* (*civiles*) ou *prétoriennes* (*honorariæ*). Les premières avaient pris la place des *legis actiones*, dont Gajus traite à cette occasion, et qui, de son temps, n'étaient plus applicables que dans deux seuls cas, d'abord s'il s'agissait de dégradations causées à une maison par un voisin (*damnum infectum*), circonstance même dans laquelle elles étaient déjà tombées en désuétude, et ensuite dans le cas où la cause était portée devant les Centumvirs (*Centumvirale judicium*) (1). Les actions honoraires (*honorariæ actiones*, ou *ex prætoris jurisdictione comparatæ actiones*) doivent leur introduction dans la jurisprudence romaine, à cette époque, à ce qu'on n'avait plus égard alors à des choses qui exerçaient autrefois une grande influence dans cette jurisprudence, ou, pour employer les expressions mêmes des Romains, à ce qu'on supposait (*fingitur*) une chose qui n'existait point réellement ainsi (§ CLXXIX, note 7); par exemple, lorsqu'on suppose qu'un individu est citoyen romain, afin qu'il puisse intenter une action en cette qualité. Par opposition à l'action dérivant de cette fiction (*fictio*), l'action civile prend le nom

de directe (*directa*) (2), mot qui d'ailleurs se représente très-souvent à nous.

(1) GAJ. Pag. 198, lig. 17; p. 202, lig. 9. Le jurisconsulte anonyme qu'Aulu-Gelle tourne en dérision (16, 10), parle aussi des *actiones Centumviralium causarum*, comme des seules dans lesquelles on ait encore recours aux *legis actiones*.

(2) INST. 4, 6. § 4. *Nullam habet directam in rem actionem*. C'est ainsi que Gajus dit (p. 202, lig. 6.) qu'on ne peut point soutenir directement (*directo intendere*) que celui qui a souffert une diminution de tête, puisse encore être considéré comme débiteur. Mais ici le terme d'*utilis actio* est donné comme exprimant l'idée contraire à celui de *fictio*. D'ailleurs Gajus ne fait point une mention spéciale de la division des actions en directes et utiles. (*Voyez* plus loin, § 248).

§ CCXLI. *Parties dont se composait la formule.*

GAJ. Pag. 202, lig. 10 et suiv.

Les différentes parties d'une formule sont la *démonstration* (*demonstratio*) l'*intention* (*intentio*), l'*adjudication* (*adjudicatio*) et la condamtion (*condamnatio*). La *démonstration* est la désignation de l'objet de l'action; l'*intention*, la demande du plaignant; l'*adjudication*, la phrase dont il est permis au juge de se servir pour accorder quelque chose à l'une des parties dans une demande en partage; enfin, la *condamnation*, celle qu'on emploie pour signifier, dans

un cas, la condamnation (*Ex. S. P. C. si paret condamna*), et dans l'autre l'absolution (*Ex. S. N. P. A. si non paret absolve*) (2). Cependant il peut se faire que l'intention se rencontre seule, comme, par exemple, dans les formules dites préjudicielles (*præjudiciales formulæ*), et qui sont ainsi nommées précisément parce qu'elles ne contiennent point de condamnation; c'est à celles-là que se rapportent non-seulement les causes dans lesquelles il s'agit de savoir si un individu est affranchi (*libertus*), ou ne l'est pas, mais encore ces autres causes que personne jusqu'à ce jour n'aurait songé à ranger dans cette même classe : je veux parler de celles dans lesquelles il s'agit de déterminer la valeur d'une dot (3). Ces causes n'ont rien de commun avec celles qui sont appelées *præjudicia* (§ XLIV, I). Les formules se rapportent tantôt au droit (*in jus conceptæ*), tantôt au fait (*in factum conceptæ*) (*a*), tantôt enfin, à l'un et l'autre à la fois. La condamnation se prononçait toujours en argent, attendu que l'objet demandé était constamment considéré comme étant une somme numérique, sans doute parce que les dettes pécuniaires étaient les seules à l'égard desquelles l'exécution fût assujettie à une marche déterminée.

(*a*) Absolument comme, dans la procédure anglaise, les parties *join an issue* soit *of rigth*, soit *of fact*.

(1) Les initiales de ces quatre termes se trouvent réunies dans le mot DICA. J'aime à croire qu'on ne tournera pas en ridicule ce moyen facile que j'offre de soulager la mémoire.

(2) Nous trouvons pour la première fois ces derniers mots dans la LEX *de Gallia Cisalpina.*

(3) GAJ. Pag. 203, lig. 9.

§ CCXLII. IN SIMPLUM AUT SUPRA CONCEPTÆ ACTIONES.

INSTIT. 4, 6. § 21. 27.

Dans une foule de cas, celui qui intente l'action ne poursuit que la simple valeur de l'objet réclamé; mais, souvent aussi, il poursuit le double de cette valeur, du moins dans le cas où le défendeur nie. Il n'y a point d'action pour le quadruple, et l'action ou rescision pour violence (*quod metus causa*) elle-même se borne au simple, puisque le condamné peut donner la chose même, et se tirer par-là d'affaire.

§ CCXLIII. BONÆ FIDEI, STRICTÆ ET ARBITRARIÆ ACTIONES.

Inst. 4, 6. § 28. 32.

Un grand nombre d'actions sont *de bonne foi* (*bonæ fidei*), c'est-à-dire que le juge (*judex*) ou plutôt l'arbitre (*arbiter*) peut déterminer en son âme et conscience (*ex bono et æquo*), ce que

le défendeur doit payer au demandeur. C'est aussi dans ce cas qu'on peut opposer la compensation entre deux obligations réciproques. D'autres actions sont de *droit strict* (*stricti juris actiones*, nom qui ne leur est donné qu'une seule fois (*strictæ actiones*, *stricta judicia*). A cette classe appartiennent nommément toutes celles qui naissent d'une stipulation; cependant il y a aussi certaines stipulations qui font exception à cette règle, parce que la clause *ex bona fide* y a été insérée d'une manière expresse (1). Quelques actions sont *arbitraires* (*arbitrariæ actiones*, *ex arbitrio judicis pendentes actiones*); dans ce cas le défendeur doit être condamné lorsqu'il n'obéit point à l'ordonnance du juge ou de l'arbitre, qui lui enjoint de restituer la chose. Ces actions laissent à supposer, ou qu'il existe en ce cas une action réelle, ou bien qu'une obligation nouvelle prend la place de l'obligation primitive et proprement dite, comme dans les actions *quod metus causa*, *de dolo*, *quod certo loco dari oportet*, *ad exhibendum*, et autres.

(1) C'est ce que nous voyons dans la Lex *de Gallia Cisalpina*, 1, 27 et 36.

§ CCXLIV. Plus petere et minus petere.

Gaji *Inst.* P. 208. 213, lig. 16.
Inst. 4, 6. § 33 et 34.

Celui qui demande plus qu'il ne lui est dû perd son droit. La plus-pétition se fait de quatre manières; 1° par la chose; 2° par le temps; 3° par le lieu; et 4° par la cause. Ce dernier cas a lieu lorsqu'on veut priver le débiteur d'un choix qui lui appartient, c'est-à-dire de l'option qu'il est en droit de faire entre plusieurs choses dont il a promis de donner l'une d'elles. Celui qui demande moins qu'il ne lui est dû, ne peut pas réclamer le surplus sous la jurisdiction du même Préteur, parce que l'*exceptio litis dividuæ* s'y oppose. Si la condamnation exprime trop ou trop peu, on a recours à l'*in integrum restitutio*, mais l'erreur commise dans la démonstration ne produit aucun inconvénient, si ce n'est lorsque la condamnation entraîne l'infamie, parce qu'en ce cas il est nécessaire que l'accusé puisse réclamer facilement la protection de la loi.

§ CCXLV. Actiones in solidum vel non.

Instit. 4, 6. § 36. A la fin.

Quelquefois l'action n'a pas pour but de demander la totalité de la chose (*in solidum*) (1),

mais seulement le montant du pécule, ou la valeur des facultés du débiteur (*in quantum debitor facere potest*). Ceci a lieu lorsqu'il s'agit du payement de la dot, cas auquel on fait déduction de ce qui a dû être retenu par l'ascendant qui l'a constituée. Il en est de même dans toute action qu'on intente contre un ascendant ou un patron, contre un associé, contre un donateur, et contre celui qui a déjà fait cession de biens (*bonis cessit*). Il est encore possible d'opposer la compensation (§ CCXLIII) dans cette circonstance.

(1) *Civilistisches Magazin*, tom III, p. 250. 254.

§ CCXLVI. *Action contre quelqu'un qui a le débiteur sous sa puissance.*

GAJI *Inst.* p. 213, lig. 16.

INST. 4, 7. *Quod cum eo contractum est, qui in alienâ potestate est, ou quod cum eo qui in a. p. est, negotium gestum esse dicitur* — 4, 8. *De noxalibus actionibus.*

DIG. 14, 1. *De exercitoria actione.* 3. *De institoria actione.* 4 *De tributoria actione.* 5. *Quod cum eo q. i. a. p. est, negotium gestum esse dicetur.* 15, 1. *De peculio.* 3. *De in rem verso.* 4. *Quod jussu.*

Les actions prétoriennes peuvent être intentées contre celui qui a le débiteur originaire dans sa puissance, sous sa main, ou dans son *mancipium*. Elles peuvent alors avoir lieu même pour le tout (*in solidum*), lorsque l'individu soumis à la puis-

sance d'un autre, a contracté soit par ordre de ce dernier, soit parce que celui-ci l'a préposé pour être le capitaine (*magister*) d'un navire à lui appartenant, cas auquel le maître se nomme *exercitor*, soit enfin lorsqu'il lui a confié la direction d'un commerce, avec la qualité d'*institor*. Il est bon cependant de faire observer que ces deux dernières actions (l'*exercitoria actio* et l'*institoria actio*) peuvent encore être intentées dans d'autres circonstances. Quant à l'action *tributoire* (*tributoria*, et non pas *distributoria*), elle est relative au négoce fait avec des choses faisant partie du pécule, et elle est applicable au cas où celui qui a le débiteur sous sa puissance n'a pas fait une juste distribution de la valeur de ce pécule. L'action *de peculio* ou *in rem verso* est à certains égards plus avantageuse pour le demandeur, mais sous d'autres rapports elle lui présente de grands inconvéniens.

Les délits commis par ceux qui sont soumis à la puissance d'autrui ne regardent plus ni le maître ni le père, si ce n'est, tout au plus, en ce sens que le maître ou le père est obligé de les abandonner en réparation, soit en vertu d'une loi, telle par exemple, que la Loi AQUILIA, soit aussi d'après l'Édit. La règle est à cet égard *noxalis actio caput sequitur*. Si l'esclave ou le fils de famille passe sous la puissance de l'offensé, l'action de celui-ci est éteinte, et, dans ce cas aussi, une

seule mancipation est nécessaire à l'égard du fils de famille.

§ CCXLVII. *Actions en réparation du dommage causé par un animal.*

Inst. 4, 9. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.*
Dig 9, 1. *ibid.*

Outre l'action noxale en réparation d'un dommage (*pauperies*), que la Loi des douze Tables avait déjà introduite, nous en trouvons maintenant une autre introduite par l'Édit des Édiles, et dirigée contre celui qui a laissé vaguer dans un endroit sujet au passage ordinaire du public, des animaux d'une espèce dangereuse. Le montant de la condamnation était laissé à la prudence du juge, lorsque l'accident était arrivé à un homme libre; dans les autres cas, le contrevenant devait payer le double du dommage. Cette action au surplus ne vint pas anéantir celle *de pauperie*, qui existait auparavant.

§ CCXLVIII. Populares actiones, Utiles actiones, et Contrariæ.

Outre les distinctions dont nous venons de parler, et qui sont admises entre les actions, il en existe encore quelques-unes dont les jurisconsultes ne traitent point à part.

En effet il est plusieurs actions que chacun indistinctement peut intenter : ce sont celles qu'on appelle *Populares actiones*.

Nous savons positivement (1) qu'entre une action *directe* (*directa actio*) et une action *utile* (*utilis actio*), qui est sans doute permise aussi (2), il existe une différence qui se manifeste, dès cette époque, dans la manière de procéder en justice ; mais, lors même que nous n'aurions pas cette certitude, nous ne pourrions manquer de l'acquérir dans le soin pris par les jurisconsultes et les Constitutions des Empereurs, lorsqu'ils parlent de ces actions de signaler scrupuleusement quelle est, de ces deux espèces, celle qu'ils ont en vue. Il nous est impossible de décider si une action précédée du mot *quasi* était différente d'une action utile (*voyez* aussi ci-dessus, § CCXL).

Quant à ce qui concerne les actions personnelles, outre les directes (*directæ*), nous en trouvons aussi de contraires (*contrariæ*) qui peut-être, dans le principe, n'étaient que de simples conventions.

(1) *Fr.* 47. § 1. *D.* 3, 5.

(2) Le nom d'*utilis actio*, dérive très-probablement du verbe *uti*. On peut cependant admettre aussi qu'il provient de l'adverbe *uti*, comme *talis* provient de *ita*, car nous lisons dans le Plébiscite trouvé à Héraclée (lig. 44) : *Judicem judiciumve ita dato*, UTEI *de pecunia credita* (sans doute encore *judicem*) *judiciumque dari oportebit*. Au lieu de ce

mot, dans la Lex *de Gallia cisalpina*, (lig. 17), on lit ceux de *proinde ac si.*

§ CCXLIX. *Poursuite d'une action par d'autres que le demandeur.*

Gaji *Inst.* pag. 220, lig. 5; pag. 221, lig. 17.
Paul. 1, 2. *De cognitoribus.* 3. *De procuratoribus.*
Instit. 4; 10. *De iis per quos agere possumus.*
Dig. 3, 3. *De procuratoribus et defensoribus.*

Autrefois on ne pouvait, d'après la Loi Hostilia (§ CLXXIII), ni intenter ni laisser intenter contre soi une action par l'entremise d'autrui, hors des cas autres dont nous avons fait l'énumération plus haut (§ CXXXIII). Mais, à l'époque où nous sommes parvenus, nous trouvons que des individus tels que des *Cognitores*, des *Procuratores*, et même les tuteurs et curateurs peuvent remplir cet office. Le *Cognitor*, dont il n'est point parlé dans les Institutes de Justinien, était élu par l'une des parties, au moyen de certaines formules, et peut-être même fallait-il que la partie adverse fût présente à cette élection. Ce qui est certain au moins, c'est que ni l'une ni l'autre de ces deux conditions n'est nécessaire pour instituer un *Procurator*, qu'il suffit pour donner à un tiers cette qualité qu'il ait été simplement chargé de suivre l'action, et cette condition n'est même pas toujours né-

cessaire. Une différence autre que celle-là s'offre encore à nous, lorsqu'il s'agit d'une caution (*satisdatio*), car alors dans la formule l'*intention* est rapportée au débiteur principal, celui qui était primitivement partie, et la *condamnation* à celui qui a pris sa place, c'est-à-dire à la caution. Ce fut l'effronterie de Caïa Afrania (1) qui détermina les Romains à défendre qu'une femme romaine pût poursuivre une cause pour une autre.

(1) *Fr.* 1. § *D.* 3, 1.

§ CCL. *Des sûretés qui s'exigent.*

Gaji *Inst.* Pag. 221, lig. 18; pag. 224, lig. 9.
Inst. 4, 11. *De satisdationibus.*

Dans une action réelle (*in rem actio*), on est obligé de donner une sûreté. Cette sûreté se donne ou par une formule (*per formulam petitoriam*), et alors elle est appelée *cautio judicatum solvi*, ou par une promesse (*per sponsionem*), et alors elle est nommée *cautio pro præde litis et vindiciarum*. Le montant de la promesse (*sponsio*) est exigible devant les Centumvirs par une *legis actio*. Si l'action réelle est intentée par la partie elle-même, en son propre nom (*suo nomine*), ou par un *Cognitor*, l'on n'est pas obligé de fournir caution, tandis qu'au contraire on en exige une non-seulement du *Procurator*, appelé la

caution *ratam rem haberi*, mais encore presque toujours de tout tuteur ou curateur. Lorsqu'il s'agit d'une action personnelle (*in personam actio*), celui qui intente la demande en son nom, ou qui y répond pour un autre (*alieno nomine*), est tenu de donner une sûreté. Il y a encore d'autres cas dans lesquels le Préteur exige sûreté, soit à raison de la personne du défendeur, lors par exemple que celui-ci est insolvable, soit à raison de la nature même de la demande, comme quand il s'agit de l'action *judicati*, ou bien de l'action *depensi*, ou bien enfin de celle *de moribus mulieris*.

§ CCLI. *Durée des actions intentées.*

GAJI *Inst.* Pag. 224, lig. 10; pag. 225, lig. 12.

Du moment où l'action est intentée, il y a, quant à sa durée, une différence fondamentale établie entre les actions qui découlent de la loi elle-même (*legitimo jure consistunt*), et celles qui découlent de l'autorité d'un magistrat (*imperio continentur*, ou peut-être aussi *continent*). Les premières n'ont lieu qu'à Rome entre citoyens romains, et devant un seul juge, qui est indiqué et déterminé par la loi elle-même, et dès le principe: ce ne fut que dans la suite seulement qu'il y eut un temps limité pour ces sortes d'actions.

A la seconde classe appartient l'Action *recuperatoria*, dans laquelle la partie peut choisir entre plusieurs juges, ou qui s'intente devant un seul juge, déterminé dès le principe, mais qui n'a lieu qu'entre un citoyen et un étranger, ou bien hors de Rome. Ces actions ne durent pas plus que l'autorité (*imperium*) de celui qui les ordonne. Une action ne s'éteint jamais par elle-même (*ipso jure*), alors même que la sentence a été prononcée; il faut, pour en opérer l'extinction, opposer à celui qui veut la réintenter une *exception* (*rei judicatæ vel in judicium deductæ exceptio*); ceci toutefois n'est pas toujours nécessaire dans le cas où la demande est *legitime* (*legitimum judicium*). Il il ne faut pas croire néanmoins que toute demande (*judicium*), soit *légitime* (*legitimum*), par cela seul qu'elle émane d'une loi (*ex lege est*), et *vice versâ*.

§ CCLII. *Combien de temps une action peut durer.*

Gaji *Inst.* Pag. 225, lig. 22; pag. 226, lig. 18.

Inst. 4, 12. *De perpetuis et temporalibus actionibus et quæ ad heredes et in heredes transeunt.*

Une action qui est fondée sur une loi (*lex*) ou un sénatus-consulte (*senatus-consultum*), ne se prescrit par aucun laps de temps, tandis que celles qui descendent de la jurisdiction du Pré-

teur n'ont ordinairement que la durée d'une année. Il y a toutefois certaines exceptions à cette dernière règle, par exemple en faveur de l'action du *vol manisfeste* (*manifesti furti actio*). Que si nous recherchons par quel motif les nouvelles actions introduites par le Préteur ne duraient en général qu'une année, nous ne pouvons raisonnablement penser que c'était parce que l'autorité même de ce magistrat n'avait pas une plus longue durée, car, si c'eût été là le véritable motif, une action qui aurait pris naissance dans les derniers mois d'une Préture, n'aurait pu alors être poursuivie que jusqu'au moment où le nouveau Préteur aurait été installé. Il est plus vraisemblable qu'il parut naturel aux Romains d'accorder d'autant plus facilement le droit d'intenter une action qui n'existait point auparavant, que le fait auquel elle avait rapport était lui-même plus récent. Nous devons aussi avoir égard, pour la solution de cette question, au caractère particulier que présentaient certaines actions, quoiqu'il ne soit point fait ici mention de ce caractère, qui consistait en ce qu'elles n'entraînaient la restitution au double que durant le cours de la première année (*intra annum in duplum, post annum in implum.*)

Toutes les actions ne peuvent pas indistinctement être intentées ou par les héritiers du demandeur, ou contre les héritiers du défendeur. Ainsi

les actions pénales qui dérivent d'un délit ne s'exercent point contre les héritiers du coupable, excepté celle en réparation d'une injure (*injuriarum actio*). L'action née d'un contrat ne se transmet pas toujours non plus; c'est ainsi qu'elle ne passe point à l'héritier de l'*adstipulator*.

Gajus (1) et les Institutes (2) parlent ici d'une règle qu'on observait encore sans contradiction dans toute l'étendue de l'Empire romain, et qui établissait que toutes les demandes judiciaires sont *absolutoires* (*omnia judicia absolutoria esse*), c'est-à-dire que celui qui est poursuivi doit être déchargé de l'action intentée contre lui, lorsqu'il satisfait le demandeur dans le cours même de l'instance.

(1) Pag. 226, lig. 19.; pag. 227, lig. 22.
(2) § 2. h.

§ CCLIII. Exceptiones.

Gaji *Instit.* Pag. 227, lig. 24; pag. 232, lig. 10.
Inst. 4, 13. *De exceptionibus.* 14. *De replicationibus.*
Dig. 44, 1. *De exceptionibus, præscriptoribus et præjudiciis.*

Les exceptions (*exceptiones*) supposent une action juste en elle-même (*justa actio*, *efficax actio*), mais qui cependant est en contradiction avec le droit naturel (*sed iniqua*). Elles sont ou établies une fois pour toutes dans l'Édit, ou

bien, à l'instar d'une foule d'autres choses également promises dans cet Édit, le Préteur ne les admet qu'après avoir pris connaissance de l'affaire (*causa cognita*). Dans les deux cas elles naissent ou d'une loi, ou d'une autre source d'une valeur égale à celle des lois, ou bien enfin du droit Prétorien. Elles sont ou *dilatoires* (*dilatoriæ, temporales*) ou *péremptoires* (*peremtoriæ, perpetuæ*). Parmi ces dernières se rangent aussi l'exception *litis dividuæ* (§ CCXXIV), et l'exception *rei residuæ*, qui sont opposées à celui qui, sous le même Préteur, demande, contre la même personne, le surplus de la chose demandée, ou même une chose tout-à-fait différente de celle demandée. Celui à qui l'on oppose une exception dilatoire est obligé de suspendre son action : s'il ne le fait pas, on dit alors que l'exception dilatoire s'est changée en exception péremptoire (*dilatoria opposita et probata peremtoriam parit*). Une exception dilatoire peut aussi dériver de la personne elle-même : telle est, par exemple, celle qu'on appelle *exceptio cognitoria*, qui a lieu lorsque la partie qui présente un *Cognitor* est incapable d'en donner, ou bien que celui qui a été institué sous ce titre ne saurait l'être ; ceci, dans l'un et l'autre cas, a lieu par cause d'infamie. Une exception péremptoire dont on a négligé de faire usage est rendue à la partie par l'*in integrum restitutio ;* mais le cas est

sujet à controverse, lorsqu'il s'agit d'une exception dilatoire. Souvent une exception sert à en détruire une autre; elle devient alors une réplique (*replicatio*); il y a aussi des dupliques (*duplicationes*), des tripliques (*triplicationes*). Il y a encore d'autre contredits; mais les noms qui succèdent à ceux dont nous parlons cessent d'avoir, comme ceux-là, un rapport avec le nombre exact des explications fournies par une partie.

Il n'est pas parlé dans les Institutes du *préjudice* (*præjudicium*), c'est-à-dire de l'objection fondée sur ce qu'une action, si elle était admise, entraînerait la décision d'une autre question beaucoup plus importante.

§ CCLIV. Præscriptiones.

Gaji *Inst.* Pag. 252 lig. 11; pag. 255, lig. 18 (par conséquent jusqu'à la feuille qui n'a pas été employée pour la copie des épîtres de saint Jérôme, qui s'est trouvée néanmoins dans la même bibliothéque).

La *prescription* (*præscriptio*), dans le sens que Gajus donne à ce mot, sens qu'il n'a dans aucun autre jurisconsulte, et qui est fort différent non-seulement de celui qu'il présente dans le *Corpus juris* (1), mais encore de celui que les modernes y attachent; la prescription ici est la déclaration préalable (à peu près *præfatio*) faite par le de-

mandeur, qu'il ne réclamera pas la totalité, mais seulement ce qui est déjà échu. On se servait alors des mots EÀ RES AGETUR. Cette clause était surtout de rigueur dans l'action dite *incerti*, suivant qu'on attaquait le débiteur lui-même, ou bien son *sponsor*, ou son *fidejussor*. On faisait également usage de cette distinction entre les exceptions, lorsqu'elles s'appliquaient de même au *sponsor* et au *fidejussor*, ce qui n'avait pas toujours lieu (2).

(1) Cicéron. (*de Orat.* 1, 37.) cite lui-même cette doctrine comme un exemple de l'ignorance où sont fréquemment les orateurs sur les principes les plus élémentaires de la jurisprudence. Ce qu'il appelle *Exceptio*, CUJUS PECUNIÆ DIES FUISSET, était considéré jusqu'à présent comme une *réplique*. Depuis que nous possédons l'ouvrage de Gajus, c'est une grande question de savoir si une *prescription* pouvait aussi s'appeler une exception, ou si au contraire Cicéron ne l'appelle ainsi qu'en faisant allusion à la confusion de ces deux choses dans l'esprit des deux orateurs ignorans dont il parle. L'action dite *præscriptis verbis actio*, paraît aussi se rattacher à cette *prescription ;* cependant il n'en est point du tout parlé dans nos autres sources, et par conséquent l'on devra toujours rattacher cette action à tous les cas auxquels les formules pouvaient s'appliquer, tant qu'on n'aura pas entiers les passages du manuscrit de Gajus qui s'y rapportent, et qu'on ne possédera, comme à présent, que le commencement d'une feuille seulement.

(2) C'est à ce cas, et non pas uniquement aux répliques (*replicationes*), qu'il faut rapporter le § 4. *Inst.* 4, 14.

§ CCLV. Interdicta.

Cic. *pro Tullio* (d'après l'abbé Mai) et *pro Cæcina*. Ce sont les deux discours *de formula et interdicto*, dont il parle dans le dialogue *de claris oratoribus*.

Gaji *Inst.* Pag. 235, lig. 19; pag. 246.

Paul. 5, 6. *De interdictis*.

Instit. 4, 15. *De interdictis*.

Dig. 43, 1. 33. (32) car 10 *de via publica et si quid in ea factum fuerit*, est, dans beaucoup de manuscrits, le même titre que 11 *de via publica et itinere publico reficiendo*.

Les interdits (*interdicta*) offrent, à l'époque où nous sommes parvenus, un nouveau moyen de droit, qui n'était pas connu durant le cours de la première période, et qui probablement ne dut point sa naissance, comme on le croit faussement, à l'administration des terres publiques (*ager publicus*). La plupart portent encore le nom de *décrets* (*decreta*) (1). Ce sont des ordres donnés par l'autorité (2), ou de ne point faire telle chose (*prohibitoria*), ou de la rendre (*restitutoria*), ou de la produire (*exhibitoria*). Les interdits donnèrent, dans la suite, occasion de plaider ou devant un juge (*judex*), ou devant des espèces d'arbitres appelés *recuperatores*, et cela de deux manières, c'est-à-dire soit en fournissant une caution (*sponsio*) qui entraîne une peine (*pœna*), soit en intentant l'action dite *arbitraria actio*, sans caution ni peine. Le but de cette

plaidoierie était de savoir si celui contre lequel l'interdit avait été prononcé l'avait transgressé (*an commissum sit* (peut-être *in*) *interdictum*). Un interdit *prohibitoire* (*prohibitorium*) se trouve toujours nécessairement faire partie de la première des deux catégories que nous venons d'établir, de sorte qu'il constitue réellement un jugement pénal. Quant à l'interdit *restitutoire* (*restitutorium*) et à l'*exhibitoire* (*exhibitorium*), ils peuvent se trouver également dans l'un et dans l'autre cas. Considérés d'une manière générale, les interdits s'appliquent tantôt aux choses qui sont du ressort de ce que nous appelons aujourd'hui la police : tel est l'interdit *ne quid in loco* ou *in flumine publico fiat;* tantôt aussi au maintien du droit (*jus tuendum*) ou d'un bien de famille (*res familiaris*); dans ce dernier cas, leur destination principale, quoique ce ne soit cependant pas la seule et unique, est de rectifier la possession (*possessio*) et la quasi-possession (*quasi-possessio*), expressions que nous trouvons employées dans Gajus, quoiqu'on les ait attribuées au latin des modernes, même bien avant qu'on songeât à faire dériver de cette source d'autres termes beaucoup plus mauvais. On leur donne alors les noms d'*adipiscendæ* (peut-être aussi *apiscendæ*), ou *retinendæ*, ou *recuperandæ possessionis* (mots dont l'inversion était admise). Parmi les interdits, qui ont pour but

de faire acquérir à quelqu'un la possession d'une chose (*adipiscendæ possessionis*), on trouve, 1° l'*interdictum* QUORUM BONORUM en faveur du possesseur des biens (*bonorum possessor*); quelques auteurs le désignent sous le nom de *possessorium*, mot auquel les modernes attachent une tout autre idée, pour l'acquéreur des biens (*bonorum emtor*); 2° le SECTORIUM pour le *sector*, qui achète un bien du peuple; et 3° le SALVIANUM dans les fermages d'un immeuble. Les interdits QUOD LEGATORUM et DE GLANDE LEGENDA sont de purs interdits, qui ne naissent pas plus d'une possession déjà existante que les suivans, savoir : *de tabulis exhibendis, ne vis fiat ei qui in possessionem missus est, de aqua quotidiana, de rivis, de fonte, de cloacis, quod vi aut clam, de arboribus cædendis, de homine libero exhibendo, de liberis exhibendis* et *de migrando*. Les interdits dont l'objet est de maintenir quelqu'un dans la possession où il est (*retinendæ possessionis*) sont : 1° l'interdit UTI POSSIDETIS; 2° l'interdit UTRUBI; le premier, relatif aux immeubles, devait être précédé et soutenu d'une possession valide (*nec vi, nec clam, nec precario*) vis-à-vis de celui qui se trouvait défendeur au temps de l'interdit; l'autre, applicable aux choses mobilières, devait être précédé aussi de la possession, mais il fallait qu'elle fût plus longue que la précédente, c'est-à-dire qu'elle eût eu lieu durant

la plus grande partie de l'année précédente, en y comprenant, en vertu de l'*accessio possessionis*, et aussi de l'*accessio temporis*, le temps pendant lequel le prédécesseur avait possédé. Gajus, en traitant des interdits, examine la doctrine de la possession, qui n'était pas fixée dans l'Édit; mais il ne dit rien de l'interdit *de superficiebus*. Quant aux interdits qui ont pour objet de réintégrer quelqu'un dans la possession qu'il a perdue (*recuperandæ possessionis*), ils sont peu nombreux; on n'en compte même qu'un seul, l'interdit UNDE VI : on conçoit aisément qu'ils ne sont alors applicables qu'aux choses mobiliaires, et dans le cas principalement où il y a eu violence à main armée (*vis armata*). Cette dernière classe renferme encore les interdits DE CLANDESTINA POSSESSIONE et DE PRÆCARIO; celui-ci est relatif à la *fiducia* (§ CCVIII).

Enfin les interdits se divisent encore en simples (*simplicia*), lorsqu'une seule des parties est demandeur et l'autre défendeur, et en doubles (*duplicia*), quand les deux parties sont à la fois demandeur et défendeur.

Les conséquences de ces divers interdits (*ordo et exitus interdictorum*) sont différentes, dans le cas d'interdit simple, suivant qu'on procède avec ou sans risques (*sine periculo* ou *cum periculo*). Quant à l'interdit double, il est toujours sans risque (*sine periculo*). Nous pouvons encore ranger

ici le *secutorium judicium* et le *Cascellianum judicium*.

(1) § 1. *Inst.* 4, 15. *de interdictis* : il est dit, dans ce passage, qu'*interdicere* est seulement *prohibere*.

(2) L'autorité *inter*DICIT, de même qu'elle *jus* DICIT, *e*DICIT, *ad*DICIT, *vindicias* DICIT (LIV. 3, 58). Cependant les Romains eux-mêmes disent déjà, en parlant des parties: *interdico tecum*.

§ CCLVI. *Peines des procès téméraires.*

GAJI *Inst.* Pag. 248, lig. 11; pag. 250, lig. 14.
INST. 4, 16. *de pœna temere litigantium.*

Dans un procès, on est quelquefois obligé de donner une caution (*sponsio*), laquelle peut s'élever au tiers lorsqu'on réclame une somme déterminée (*pecunia certa*), ou à la moitié lorsqu'on plaide pour une somme qu'on s'est soumis à payer (*constituta pecunia*). Il est question aussi d'un serment qu'on exigeait des parties (*calumniæ causa*). Quant au demandeur, on prenait à son égard une foule de précautions, désignées sous les différens noms de *calumniæ judicium*, *contrarium judicium*, *jusjurandum*, *restipulatio*; ce sont là autant de motifs qui doivent l'empêcher d'entreprendre témérairement un procès. Le *calumniæ judicium* est applicable à toutes affaires quelconques : il entraîne quelquefois la peine du dixième, et quelquefois aussi celle du quart.

On n'invoque le *contrarium judicium* que dans certaines circonstances; la peine alors est d'un dixième, lorsqu'il s'agit de l'*actio injuriarum;* nous la trouvons même deux fois d'un cinquième, dans un cas où il s'agit d'une femme qui s'est dite faussement enceinte pour se faire envoyer en possession des biens de son mari (*quæ ventris nomine in possessione missa est*). Le *jusjurandum calumniæ* met à l'abri de ces deux peines. Quant à la *restipulatio*, elle n'a lieu que dans un plus petit nombre de cas.

Il y a aussi certaines actions qui entraînent l'infamie. (*Voyez* ci-dessus, § CCXXXVI).

§ CCLVII. In jus vocare.

Gaji *Inst.* Pag. 250, lig. 15. Fin (pag. 251, lig. 13).

Le fils ou l'affranchi qui veut assigner (*in jus vocare*) l'ascendant ou le patron, a besoin d'être muni d'une permission spéciale du Préteur.

Toute partie (*in jus vocata*) qui refuse de comparaître, est obligée de fournir l'espèce de sûreté dite *vadimonium*, soit pure et simple (*pure* en prenant ce mot dans un sens tout particulier), soit avec une caution (*satisdatio*), soit avec un serment, soit enfin avec des *recuperatores*.

Dans l'action *judicati* ou *depensi*, le *vadimonium* est égal au montant de la contestation; mais, en tout autre cas, il l'est au montant de

ce que le demandeur affirme par serment lui être dû. Cependant on fixe une somme que ce serment ne peut dépasser. Il faut aussi la permission expresse du Préteur, pour exiger un *vadimonium* d'un ascendant ou d'un patron.

DROIT PUBLIC.

I. DROIT POLITIQUE.

§ CCLVIII. Populus et Plebs.

Le peuple, en prenant ce mot dans l'acception la plus étendue (*populus*), ne se composait encore que des Romains proprement dits. Cependant le nombre des citoyens était devenu tellement considérable, qu'il est surprenant qu'il ne soit pas venu en idée, au lieu de les faire voter tous individuellement, d'élire certains d'entre eux, qui seraient chargés de représenter tous les autres, et de voter pour eux. Il y avait en effet des citoyens qui étaient obligés, à raison de leur domicile, de parcourir plusieurs milles pour se rendre à Rome, et en outre on ne pouvait jamais être sûr qu'il ne surviendrait pas une circonstance quelconque qui empêcherait l'assemblée du peuple d'avoir lieu (1). Toute proposition de loi devait être rendue publique (*promulgatio legis*) pendant un certain nombre

de jours (dix-sept jours au moins, à cette époque), avant qu'on pût en délibérer par écrit et au scrutin, en vertu de la *lex tabellaria*, soit pour l'adopter, soit pour la rejeter (*A. antiquo* ou *U. R. uti rogas*). A côté des assemblées par Centuries, se plaçaient aussi les assemblées par Tribus. Le nombre de celles-ci était de trente-cinq; à la vérité il s'augmentait souvent par l'addition de quelques nouvelles Tribus; mais on n'est pas certain que ces dernières se maintinssent (2). Quatre Tribus, celles dites *urbanæ*, renfermaient une quantité énorme de citoyens, par exemple tous les affranchis, parce que, dans l'origine, elles comprenaient tous ceux qui ne possédaient point de biens immobiliers. Les trente et une autres, appelées *rusticæ*, ayant été composées originairement des possesseurs de biens fonds, comptaient un bien moins grand nombre de citoyens, de sorte que ceux qui en faisaient partie avaient une plus grande prépondérance. On introduisit aussi l'usage du vote secret dans les assemblées par tribus.

(1) Aussi lorsque l'assemblée avait lieu au temps de la moisson, on ne pouvait compter que sur un très-petit nombre de ceux des citoyens domiciliés hors de l'enceinte de Rome. App. *B. civ.* 1, 14.

(2) App. *B. civ.* 1, 49 et 53. Plus tard, en effet, il n'est fréquemment parlé que de trente-cinq tribus. *Voy.* par exemple, Cic. *in Verrem* 2, 1. *c.* 5. *de lege agraria.* 2, 7. et Liv. 1, 43.

§ CCLIX. *Le Sénat.*

Le Sénat se composait de ceux qui avaient été, lors du dernier cens, confirmés Sénateurs, ou promus à ce grade (*senatorem legi*). Ceux qui avaient été revêtus de quelqu'une des grandes magistratures, pouvaient, par anticipation, assister aux séances de cette assemblée, dont ils devaient nécessairement faire partie plus tard. Pour devenir Sénateur, il fallait indispensablement être riche. Les riches qui n'étaient point Sénateurs (*Equites*) commencèrent, vers cette époque, à former une caste particulière. Ceux qui en faisaient partie jouissaient de grands avantages : d'abord ils avaient des prérogatives honorifiques, qui les plaçaient au-dessus du commun des citoyens (Loi Roscia); en outre les moyens de s'enrichir leur étaient plus faciles qu'aux Sénateurs, puisque ceux-ci ne pouvaient jamais devenir receveurs des deniers publics (*publicani*). Nous ne devons point être dès lors surpris qu'on se soit souvent servi de cette caste, soit contre le Sénat, comme le fit Caius Gracchus, lors des *judicia publica*, soit même souvent aussi dans ses intérêts, ainsi que le fit surtout Cicéron au commencement de la troisième période; et nous devons penser aussi qu'il était tout naturel fort souvent qu'un Chevalier (*Eques*) n'eût aucune

envie de sortir de son ordre pour devenir Sénateur.

§ CCLX. Magistratus.

Les hautes magistratures de l'état étaient alors occupées de telle façon que le patriciat ne procurait pour ainsi dire plus aucun avantage (1), ou qu'au moins l'ancienneté d'une famille (*nobilitas*, *imagines*) ne donnait aucune prérogative légale. Il faillait avoir atteint un certain âge pour être habile à remplir les places, et cet âge variait pour chacune d'elles (*leges annales*). Le Consulat et la Préture se prolongeaient maintenant d'une ou de plusieurs années, sous d'autres titres à la vérité, et en outre c'était presque toujours à ceux qui sortaient de ces deux magistratures qu'on confiait le commandement des armées. On voit que nécessairement il résultait de là un moyen facile d'acquérir de grandes richesses. La distribution des provinces et les droits de ceux qui les gouvernaient étaient généralement réglés par le Sénat : cependant quelquefois aussi on traitait ces deux affaires devant le peuple tout entier (*populus*), ou même seulement devant le *plebs*. Néanmoins souvent il y avait des Consuls ou des Préteurs qui refusaient d'aller administrer les provinces.

Outre les deux Consuls, il y avait maintenant

six Préteurs ; l'un, le plus favorisé de tous, rendait la justice entre les citoyens seulement (*urbana jurisdictio*) ; l'autre prononçait sur les contestations élevées entre les citoyens et les étrangers ; enfin les quatre derniers connaissaient exclusivement de certains crimes ou délits. On avait été obligé d'augmenter le nombre des Questeurs.

Depuis un siècle on n'avait plus nommé de Dictateur ; mais, dans les cas de nécessité urgente, le Sénat, pour mettre la responsabilité des Consuls plus à couvert, déclarait que la patrie était en danger (*videant Consules, ne quid detrimenti capiat res publica*).

De temps en temps, et en général tous les cinq ans, on choisissait deux des premiers citoyens de Rome avec le titre de *Censores* pour compléter et épurer les assemblées du peuple et le Sénat, pour corriger la trop grande douceur du droit pénal, et pour conclure les contrats relatifs aux recettes et aux dépenses publiques.

Les chefs des Plébéiens n'avaient point changé de dénomination : seulement il était établi en principe que le fils d'un Romain revêtu d'une magistrature curule, ne pouvait point devenir Tribun du vivant de son père.

(1) Il en avait toutefois encore lorsqu'on nommait un inter-roi. *Voy*. le discours *pro domo*. 14.

§ CCLXI. *Magistrats des Commnnes.*

Les diverses communes (O. M. C. P. F. V. C. CT. *oppida*, *municipia*, *coloniæ*, *præfecturæ*, *fora*, *vici*, *conciliabula*, *castella* (1) possédaient aussi des autorités (*Duumviri*, *Quatuorviri*, *Præfectus*, *Ædiles*, *Dictator*) avec un conseil municipal (*ordo*). La loi découverte à Héraclée, et toutes les autres lois municipales contenaient des dispositions particulières à ce sujet.

(1) Les dénominations de *vici* et de *castella* se trouvent aussi dans la Loi de la Gaule Cisalpine (*Civilistisches Magazin*, tom. II, pag. 447). Mais les six autres seulement se lisent dans le monument d'Héraclée. (*Civilistisches Magazin*, tom. III, pag. 369). Paul (*Sent.* 4, 6. § 2.) emploie toutes ces dénominations, excepté celle de *fora*. Le second passage prouve que les *Prefecturæ* n'avaient pas de magistrats choisis par les habitans eux-mêmes, ainsi que Cujas (*obs.* XI, 24.) l'établit d'une manière générale.

II. INSTITUTIONS TENANT PARTICULIÈREMENT A L'ORDRE PUBLIC.

§ CCLXII. JUS SACRUM.

I. Les Romains n'avaient encore aucune institution consacrée à l'instruction publique, excepté toutefois le culte divin. Celui-ci, dont la plupart des fonctions se trouvaient maintenant confiées à des plébéiens (1), avaient perdu une grande

partie de l'influence qu'il exerçait autrefois sur le droit civil, surtout lorsqu'il s'agissait d'un serment.

Le gouvernement ne prenait aucune mesure pour introduire à Rome les sciences et la civilisation de la Grèce. Il se contentait seulement de tolérer ceux de cette nation qui venaient y ouvrir des écoles (*Philosophi*, *Rhetores*) (§ CLXI. Note 2).

(1) *Voyez* une exception dans Tac. *Ann.* 4, 16.

§ CCLXIII. *Guerre.*

II. Les Romains étaient encore contraints au service militaire, et en effet, sans cette institution, la république n'aurait pu maintenir l'influence qu'elle exerçait au dehors; mais les soldats recevaient une paye et des habillemens. Il était presque impossible qu'on suivît maintenant la même marche qu'autrefois dans les expéditions militaires, c'est-à-dire que l'armée rentrât dans ses foyers aux approches de l'hiver. Enfin il y avait déjà une certaine classe de citoyens qui se consacraient exclusivement à l'état militaire, et à la subsistance desquels il fallait pourvoir, non pas seulement pour tout le temps pendant lequel ils restaient au service, mais encore après même qu'ils avaient obtenu le titre de *Vétéran* (*Veteranus*), c'est-à-dire après qu'on leur avait accordé leur congé avec une pension de retraite. Il résultait

de là une grande différence entre les anciennes légions et les nouvelles. Au surplus les Vétérans comptaient beaucoup moins sur le trésor public que sur leurs généraux, pour obtenir les récompenses pécuniaires, et même celles en immeubles auxquelles bientôt ils ne tardèrent point à aspirer. Nous ne parlerons pas ici des commandans des armées, parce que tout ce qui les concerne a déjà été dit précédemment. (*Voyez* ci-dessus § CCLX). A l'époque dont nous nous occupons, les rois et les peuples alliés fournissaient à la république des troupes auxiliaires qui n'étaient ni équipées ni organisées sur le même pied que les armées romaines.

§ CCLXIV. *Administration de la justice. Magistrats chargés d'y présider.*

III. Depuis trois siècles à peu près il existait à Rome des magistrats chargés spécialement de rendre la justice en matière civile (*jurisdictio*). Il y avait même long-temps déjà que le nombre de ces magistrats avait été doublé. Mais les affaires civiles n'étaient pas les seules qui fussent de leur ressort, ils avaient aussi la surveillance d'un certain nombre d'affaires publiques; et réciproquement, d'un autre côté, leurs propres collègues, ainsi que les Consuls et les Tribuns eux-mêmes, ne leur abandonnaient pas le soin exclusif de tout

ce qui pouvait concerner l'administration de la justice. Les Édiles prononçaient également dans certaines affaires. Il n'était pas nécessaire que le Préteur fût un jurisconsulte, et ce n'étaient point non plus seulement des jurisconsultes qui siégaient à ses côtés, en qualité de conseillers, dans le tribunal. Chaque gouverneur rendait aussi la justice dans la province confiée à ses soins, et tous les ans il tenait une cour à cet effet (*conventus*, *ordinaria judicia*) (1). Cet office était réservé, dans les municipalités, à ces autorités locales qui, ainsi que les recherches des modernes nous l'ont appris, ont joué un rôle si important dans l'histoire du droit romain pendant le moyen âge. Cependant les autorités, en parlant d'une manière générale, n'avaient le droit de juridiction que dans les affaires sacrées, ou dans celles de peu d'importance. Les Romains n'avaient point de tribunaux qui fussent subordonnés les uns aux autres, en un mot, qui formassent ce que les modernes entendent par *instance* ou *degrés de juridiction*. Cependant la question de savoir si la compétence de tel magistrat lui donnait le pouvoir de juger telle ou telle affaire, cette question, dis-je, devait aussi souvent se présenter chez eux, qu'elle se présente chez nous.

En outre il existait à Rome, disent les auteurs dont nous nous occupons, des magistrats appelés *Centumvirs*. Mais nous ignorons tout ce qui est

relatif à l'organisation de ce corps : nous ne savons pas s'il n'avait d'autorité qu'autant qu'il se trouvait réuni, ou bien s'il était partagé en plusieurs sections, comme le sont nos tribunaux actuels (2), ou bien enfin si chaque Centumvir pouvait exercer isolément les fonctions que lui donnait sa place; tout ce que nous savons, c'est qu'à Rome, ainsi qu'il arrive fréquemment aujourd'hui chez nous, souvent on en désignait plusieurs, dont chacun était chargé d'une mission particulière. Nous ignorons également quelles étaient les formes de la procédure et de la plaidoierie lorsqu'on était obligé de se présenter devant eux (3), et nous ne savons pas non plus s'il y avait de l'analogie entre eux et les *ordinaria judicia*, ou les *recuperatores*. Nous ne pouvons douter cependant qu'ils n'aient eu dans la troisième période une autorité plus importante que dans la seconde. Le traité *De claris oratoribus* nous apprend qu'aucune des harangues de Cicéron ne fut prononcée devant les Centumvirs.

(1) *Inst.* 3, 12 (13) et Théophile.

(2) On pourrait croire que les mots *hastæ præsse* indiquent qu'on donnait le nom de *hastæ* à chacune de ces sections. Valère Maxime semble indiquer que c'était celui de *consilium* (7, 7, 1.), car il dit, en parlant d'une cause, qu'elle a été gagnée *omnibus consiliis*; mais il se peut aussi que, par ces dernières expressions, on doive entendre le suffrage unanime des juges.

(3) Nul doute qu'on ne doive ranger ici les causes re-

latives aux successions. C'est ce que prouve l'*inofficiosi quærela*, et la *Const. ult.* C. 3, 31. Mais Cicéron (*de orat.* 1, 38.) trace l'énumération suivante des causes dans lesquelles les Centumvirs étaient appelés à prononcer : *in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, cæterarumque rerum innumerabilium jura versantur.* Il est difficile de penser que tous ces objets ne se trouvassent soumis à la décision des Centumvirs que quand il se présentait, dans un testament, quelques clauses qui pouvaient y avoir rapport. Ce qui est remarquable dans ce passage de Cicéron, c'est qu'à l'exception tout au plus du mot *nexorum*, il n'est fait aucune mention des contrats dans cette longue énumération. Au surplus, il nous est possible de nous former des notions exactes de toutes les formes observées par les Romains dans leur procédure civile, sans avoir besoin le moins du monde de nous occupper de celles qui sont relatives aux Centumvirs, parce que nous ne trouvons rien d'analogue à cette institution dans les provinces. Cependant nous savons qu'elle était d'une haute importance. Peut-être les Centumvirs étaient-ils appelés à juger dans les cas où il ne s'agissait ni de prononcer sur la possession, ni d'introduire une affaire en justice, ni même d'établir la vérité des faits, mais seulement de décider si un jugement avait été rendu conformément aux principes du droit (*a*).

Gajus ne nous apprend rien qui puisse lever nos incertitudes relativement aux Centumvirs, quoiqu'il parle souvent de ces magistrats, et que nous sachions positivement par son ouvrage que les faibles restes des *legis actiones* qu'on aperçoit encore durant le cours de la seconde période ont une intime connexion avec eux.

(*a*) Ceci leur supposerait une compétence analogue à celle de la Cour de cassation.

§ CCLXV. Judex, Arbiter, Recuperatores.

Celui qui rendait la justice portait tantôt le nom de *juge* (*judex*) (avec *j. f. s. a.*, *judicium fac* ou *facito*, *si antequam*; ou bien aussi *j. e.*, *judex esto*, et *s. p.*, comme il a été dit plus haut, § CCXLI), lorsqu'il s'agissait de réclamer le montant d'une somme (*pecunia certa*), ou donnée (*data*), ou dépensée (*expensa lata*), ou stipulée (*stipulata*); tantôt aussi celui d'*arbitre* (*arbiter in quantum æquius melius*) (1). Tout juge ou tout arbitre avait aussi un conseil (*consilium*) choisi par lui-même (2).

Cicéron, dans un passage d'une oraison nouvellement retrouvée, parle des *recuperatores* comme de juges auxquels on avait recours pour accélérer les affaires (3), et Gajus les place souvent en opposition avec l'*unus judex*, ce qui peut fort bien donner à entendre qu'un seul juge était nécessaire pour prononcer un jugement, mais qu'on ne savait pas d'avance qui (4). Cependant il n'est pas vrai que les *recuperatores* aient fait partie des Centumvirs, comme le prétend Ernesti (5), puisque nous voyons qu'il y en avait un grand nombre dans chaque province : ainsi Ulpien dit (I, 13) : *in provincia XX recuperatores, cives romani*. Toutefois ils n'étaient pas précisément dans les provinces ce que les Centumvirs étaient à Rome; dans la capitale (6), comme dans les provinces, ils

prononçaient en matière de *sponsiones*, fonction qui n'appartenait point aux Centumvirs, du moins à notre connaissance.

(1) Cic. *Pro Rosc. com.* 4 et 5.

(2) Cic. *Pro Quinctio* 1, 2 et 30 et Gell. 14, 2.

(3) Cic. *Pro Tullio* 8, dans l'édition de Mai : *Recuperatores dare, ut quam primum res judicaretur.*

(4) Plin. *Ep.* 3, 20. *Ut in recuperatoriis judiciis... repente adprehensi sinceri judices fuimus.*

(5) *Cl. Cic.* v. *Recuperatores.*

(6) *Lex. d. Gallia Cisalpina.* c. 21.

§ CCLXVI. *Institutions contre l'injustice des Magistrats.*

Dig. 2, 2. *Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.*

Le magistrat qui, dans le cours d'une affaire, avait invoqué et appliqué un nouveau moyen de droit contre une partie, était tenu de souffrir qu'en tout temps on lui opposât aussi ce même moyen. Mais cette institution n'était point rigoureusement appliquée aux magistrats qui rendaient des Édits.

§ CCLXVII. *Affaires en particulier.*

Dig. 2, 4. *De in jus vocando.* 13. *De edendo.* 11, 1. *De interrogationibus in jure faciendis et interrogatoriis actionibus.* 22, 4. *De fide instrumentorum.* 5. *De testibus.*

Quelquefois, lorsqu'il s'agissait d'assigner une personne en justice (*in jus vocare*), on était

obligé d'attendre que cette personne n'exerçât plus l'autorité dont une magistrature lui donnait la jouissance. Il fallait toujours que l'action (*actio*) se trouvât désignée expressément dans l'Édit, ainsi que la nature des preuves que le demandeur devait rapporter à l'appui de son action. Quelquefois le demandeur adressait des questions à la partie adverse, en présence du magistrat, et les réponses de celle-ci servaient de base au procès tout entier. Les registres domestiques des recettes et des dépenses (*codices accepti et expensi*) occupaient une place importante parmi les preuves dont on appuyait une demande. On appliquait les esclaves à la question (*quæstio de servis habetur*).

§ CCLXVIII. *Action relative au maintien de l'état présent à l'égard d'un droit autre que celui de la possesion.*

Dig. 39, 1. *De operis novi renunciatione.* 2. *De damno infecto.* 43, 25 (24). *De remissionibus.*

Une action suppose, de la part de celui qui demande le maintien de l'état présent d'une chose, la nécessité de dénoncer son opposition à l'adversaire qui veut détruire cet état; c'est ce qu'on nomme *operis novi nunciatio*, *denunciatio*, mots dont l'inversion n'est pas admise; et cette opposition subsiste jusqu'à la main-levée (*remissio*) qu'en donne cette partie (1). Elle suppose de la

part de celui contre lequel elle est dirigée, qu'il était au moment de causer au demandeur un dommage quelconque relativement à sa chose, dommage qu'on appelle *damnum infectum* (mots dont l'inversion n'est point non plus admise; on lit *imperfectum* dans Théophile) (2). La loi pour la Gaule Cisalpine parle de ces deux conditions, relativement aux autorités municipales, qui ont le pouvoir, si elles se trouvent dans le cas du demandeur, de consentir la mainlevée (*remissio*), et si elles sont défenderesses, d'exiger des sûretés de la part du demandeur (*repromittere*), ou bien, de les supposer données afin d'épargner du temps, les affaires requérant célérité.

(1) Le dix-neuvième chapitre de la Loi Cisalpine, dont il ne nous est parvenu que quelques lignes, traite de cet objet. *Voyez* le *Civilistisches Magazin*, tom. II, pag. 438.

(2) C'est l'objet du vingtième chapitre de la Loi. *Voyez* le *Civilistisches Magazin*, tome II, p. 439.

§ CCLXIX. In possessionem mitti.

(1) Dig. 36, 4. *Ut in possessione legatorum... servandorum causa esse liceat.* 37, 9. *De ventre in possessionem mittendo.* 10. *De Carboniano edicto.*

On attachait beaucoup d'importance aux décrets qui donnaient à un individu pouvoir sur une chose quelconque (*in possessionem mittitur*). Cet envoi en possession avait lieu dans une foule

de cas; ainsi 1° ou il ne donnait de pouvoir que sur une seule chose, comme par exemple à l'occasion du *damnum infectum*, et en vertu du premier ou du second décret (*decretum*); ou bien il embrassait toute la fortune d'un individu, par exemple d'un absent qui n'avait pas laissé de pouvoir pour le défendre (*defensor*). 2° En vertu d'un jugement (*pignus quod in causâ judicati capitur*, et non *judiciale*), il pouvait être accompagné (1) de contrainte par corps (*duci jubere*), et, dans cette hypothèse, il était prononcé de telle sorte que c'était alors la personne seulement et non la fortune du débiteur dont l'envoi était prononcé. 3° Enfin cet envoi s'appliquait ou à la fortune du créancier insolvable, et par cela même considéré comme infâme, ou, en cas de legs, à celle d'un testateur, ou enfin à celle d'un individu qui meurt laissant un héritier vivant ou un enfant qui n'est pas né; dont les droits successifs et l'état (*status*) sont à la fois contestés. C'est cet envoi en possession (*mitti in possessionem bonorum*), prononcé dans le cas où il s'agit d'un enfant non encore au monde, et en vertu de l'édit Carbonien, qui a jeté tant de confusion dans les idées des modernes sur la *bonorum possessio*, considérée comme une institution du droit Prétorien (§ CCXXVIII).

(1) *Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 455.

§ CCLXX. In integrum restitutio.

Dig. 4, 1. *De in integrum restitutionibus.* 2. *Quod metus causa gestum erit.* 3. *De dolo malo.* 4. *De minoribus XXV annis.* 5. *De capite minutis.* 6. *Ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituuntur.* 7. *De alienatione judicii mutandi causa facta.*

Un magistrat peut apporter une exception aux règles générales du droit, c'est-à-dire annuler même sa propre décision : c'est ce qu'on appelle *in integrum restituere.* Ces mots, dont l'inversion n'est pas admise, se disent tantôt d'un homme, tantôt aussi d'une chose; l'exception s'appelle quelquefois aussi tout simplement *integri restitutio.* Cette exception peut être appliquée soit dans des cas particuliers et soigneusement énumérés, dans le nombre desquels on voit figurer la *minima capitis diminutio*, soit pour le motif général d'équité qui suit : *si qua alia justa* (1) *causa esse videbitur.*

(1) *Fr.* 1. § 1. *D.* 4, 6. *Justa* est ici synonyme d'*æqua.*

§ CCLXXI. *Des délits et des peines.*

Inst. 4, 18. *De publicis judiciis.*
Dig. 47 et 48.

IV. En ce qui concerne les délits, la jurisprudence romaine avait pris une face nouvelle. A

Rome il y avait alors, pour recevoir et juger toutes les plaintes d'une certaine nature qui s'élevaient dans le cours de l'année, un tribunal permanent (*questiones perpetuæ*), présidé par l'un des Préteurs, et particulièrement par l'un des quatre qui n'avaient point de juridiction spéciale à exercer. Toute poursuite régulière d'un crime (*publicum judicium*) nécessitait une décision générale du peuple; dans cette décision on relatait les noms de l'accusateur et de son assistant (*subscriptor*), le nom de l'accusé, ceux des jurés (*judices*), dont on désignait le rang et le nombre, la qualité des témoins, le pouvoir d'appliquer les esclaves à la question (*quæstio de servis habenda*), le droit d'exiger des documens, par exemple l'absence de *tabulæ publicæ;* en un mot cette décision relatait la procédure tout entière, mais on avait grand soin d'ajouter qu'elle n'était applicable qu'à l'espèce de crime dont il s'agissait spécialement. Il résulte de là qu'il n'y avait point de procédure criminelle générale, mais qu'il y en avait un nombre prodigieux de particulières, car, dans toute loi nouvelle qu'on rendait sur les délits, le point capital dont on l'appuyait, c'était la manière de procéder, et l'on n'attachait ordinairement que peu d'importance à la nature de la peine qui était applicable. A la vérité cette forme de procédure n'était jamais appliquée lorsqu'un citoyen romain se trouvait traduit devant le gouverneur d'une

province; à moins que ce citoyen ne se fût rendu coupable de sédition ou d'autres semblables délits à l'armée. La sédition était souvent punie par la décimation (1). Il paraît aussi qu'on procédait d'une manière beaucoup plus expéditive contre les criminels pris en flagrant délit (2). Nous trouvons également établies dans les municipalités des procédures contre les délits (3). Le peuple, le Sénat et les Censeurs avaient le droit de corriger et par suite d'augmenter l'indulgence trop grande de la loi dans les peines infligées aux coupables.

Au nombre des délits nous trouvons rangés maintenant : 1° les exactions et les abus de pouvoir commis par les gouverneurs de provinces (*pecuniæ repetundæ*). On ne savait à qui remettre le soin de juger cette nature de crime; car il paraissait tout aussi imprudent d'en laisser la connaissance aux Sénateurs, lesquels avaient déjà ou rempli des places de gouverneurs, ou au moins aspiraient à cet emploi, que de la laisser à ceux des Romains qui à la vérité n'étaient pas Sénateurs, mais qui pouvaient être fermiers des deniers publics; 2° les intrigues illégales pour parvenir aux magistratures (*ambitus*), et principalement tous les actes qui pouvaient compromettre la sûreté ou l'honneur du peuple romain (*majestatis populi romani crimen*), ce que l'on appelait en France *crime de lèze-nation*, au commencement de la révolution. C'est à tort qu'on veut placer dans

cette catégorie la Loi Scatinia *de nefanda venere*: elle ne nous paraît point appartenir ici. Le code pénal avait subi une modification importante. La peine de mort était abolie contre les Romains, ou du moins on ne la mettait plus à exécution, parce que le condamné s'y dérobait en prenant la fuite dans le cours de la procédure, de telle sorte que sa peine se bornait à perdre toutes les espérances dont son ambition l'avait bercé, et à vivre éloigné de tout ce qui rendait Rome un séjour si plein d'attraits pour ses habitans. Cependant cet usage ne s'étendait point aux circonstances extraordinaires, par exemple au cas dans lequel on déclarait le criminel ennemi de l'état. La peine de mort fut maintenue aussi contre les individus non Romains et contre les esclaves. Peu à peu s'introduisit la coutume de l'interdiction de l'eau et du feu (*aquæ et ignis interdictio*), prononcée par une loi ou par un magistrat (4), et dont l'effet était de bannir de l'Italie entière. Les peines pécuniaires étaient aussi très-fréquentes. Au nombre des causes d'infamie, on rangeait la non observation du deuil; mais le droit romain ne connaissait pas de peine purement infamante.

(1) App. *B. civil.* 3, 56.
(2) App. *B. civil.* 2, 6.
(3) *Civilistisches Magazin*, tom. III, pag. 378.
(4) Liv. 25, 4. App. *B. civil.* 1, 31.

§ CCLXXII. *Recettes et dépenses publiques.*

V. Les revenus publics ne dépendaient plus du Cens, qui, par cette raison même, était déjà devenu plus rare. Ces revenus découlaient des impôts indirects levés sur les ventes et sur l'affranchissement des esclaves (*vicesima rerum venalium, servorumque manumittendorum*) (1); de la location des *agri vectigales*, ou du moins de ceux que la Loi Thoria avait laissés au trésor public; du produit des provinces, et du butin fait sur les peuples vaincus. La perception de ces revenus était affermée à des sociétés de Publicains (*societates publicanorum*), dont un seul paraissait en nom comme fermier (*manceps*).

Les dépenses publiques consistaient principalement dans la paie des troupes (celles de mer coûtaient peu); dans les distributions faites aux Romains d'une certaine classe (2), institution qui anéantissait complétement l'agriculture en Italie, parce que ces distributions se faisaient en blés étrangers achetés à vil prix; enfin dans les dépenses causées par l'établissement et l'entretien des chemins, des théâtres et des aquéducs (*ultro tributa*).

(1) Il n'était pas encore question à Rome du timbre et

des autres impôts qui contribuent quelquefois à multiplier si étrangement les frais des procès civils.

(2) La loi trouvée à Héraclée nous prouve que certains Romains ne recevaient rien dans ces distributions (*Civilistisches Magazin*, tom. III, pag. 350); mais nous ne savons pas quels étaient ceux qu'on en exceptait.

(3) On trouve malheureusement encore dans le *Civilistisches Magazin* (tom. III, pag. 350) l'assertion évidemment fausse, que ces dépenses étaient volontaires. Au reste on donnait ce nom aux *opera publica* eux-mêmes, et non pas uniquement à ce que le gouvernement donnait aux entrepreneurs pour les faire.

§ CCLXXIII. *Police.*

VI. La police surveillait aussi les spectacles gratuits, qui déjà souvent appartenaient aux beaux-arts. Les lois somptuaires n'étaient plus en vigueur. On veillait autant que possible à l'entretien des rues de Rome, et à empêcher les voitures d'écraser les passans (1).

(1) *Civilistisches Magazin*, tom. III, pag. 351. 368.

FIN DU PREMIER VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE PREMIER VOLUME.

DROITS POUR EUX-MÊMES, ET CEUX QUI LES EXERCENT POUR AUTRUI.

FIN DE LA TABLE DU PREMIER VOLUME.

